

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Jueces, mundialización y derecho internacional de los
derechos humanos:**

**(deberes, responsabilidades y posibilidades de la judicatura en el mundo
contemporáneo)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Mauricio Iván del Toro Huerta

Director

José Antonio Pastor Ridruejo

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET

Programa de Doctorado

DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

Título de la Tesis Doctoral

**JUECES, MUNDIALIZACIÓN Y DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**
*(DEBERES, RESPONSABILIDADES Y POSIBILIDADES DE LA
JUDICATURA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO)*

Doctorando

MAURICIO IVÁN DEL TORO HUERTA

Director de la Tesis

DR. JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO
UCM

Madrid, 2015

A mi hijo José Fernando.

A mis padres y hermanos.

*A quienes, aquí y allá, a lo largo de todos
estos años, han hecho de su lucha por los
derechos una guía y un ejemplo.*

*Agradezco al profesor José Antonio Pastor
Ridruejo por su confianza, apoyo,
paciencia y consejo.*

*Agradezco al Dr. Sergio García Ramírez
por honrarme con su amistad y ser ejemplo
y guía en mi navegación por la causa de los
derechos humanos.*

*Agradezco al Dr. Salvador Nava Gomar
por permitirme colaborar en su equipo de
trabajo y brindarme su amistad y confianza
para contribuir en el ejercicio de la alta
función judicial que tiene encomendada.*

*Gracias a mis compañeros y compañeras
de viaje, en especial a Antonio, Andrea,
César, Gabriel, Guadalupe, Hugo, Irene,
Jaime, Miguel, Pedro, Rodrigo y Sergio,
por los momentos de compartida amistad
creativa.*

*A Nicole, por su sonrisa clara y su mirada,
que mira y siembra futuro.*

*Gracias a mis profesores y profesoras en el
programa, en especial, aunque no sólo, a
los profesores Antonio Remiro, Javier
Díez-Hochleitner, José Antonio Pastor
Ridruejo y Paz Andrés Sáenz De Santa
María,
y a mis compañeras y compañeros.*

*A la memoria del profesor Luis Sánchez
Rodríguez.*

*Al profesor Antônio Cançado Trindade, por
su enseñanza perenne.*

ÍNDICE GENERAL

SUMMARY.....	5
LISTA DE ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I	20
EL CONTEXTO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DIDH: LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CULTURALES Y LOS DIFERENTES ROSTROS DE LA GLOBALIZACIÓN.....	20
1.1. Aspectos Generales.....	20
1.2. La Dimensión de la mundialización o las distintas globalizaciones	23
1.2.1. Concepto y perspectivas de análisis.	24
A) Redes de interacción global.....	25
B) El proceso global como un proceso desigual.....	27
1.3. El impacto de la Globalización en la acción Estatal y en los actores intra-estatales.	30
1.4. La Dimensión Jurídica de la Globalización	36
1.4.1. Globalización, Derechos Humanos y Pluralismo	40
CAPÍTULO II.....	51
LA CIRCUNSTANCIA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL: LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO	51
2. Aspectos Generales.....	51
2.1 La internacionalización de los derechos humanos	52
2.1.1. El desarrollo progresivo del DIDH en el siglo XX.....	55
2.1.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): principios generales	65
A) La especial naturaleza de los tratados de derechos humanos	66
B) La interrelación e interdependencia entre principios	73
C) El principio de subsidiariedad y la soberanía estatal	76
2.2. El constitucionalismo contemporáneo: la apertura constitucional al DIDH	86
2.3. La judicialización del derecho nacional e internacional.....	98
2.3.1. La multiplicación de tribunales internacionales	111
CAPÍTULO III	118
LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS JUDICIALES Y LAS OBLIGACIONES PRIMARIAS DEL ESTADO JUEZ	118
3.1. Introducción.....	118
3.1.1. Aspectos generales de la responsabilidad internacional	119
A) Principio de unidad	121
B) La responsabilidad agravada en el DIDH (el deber de justicia)	126
C) Surgimiento de la responsabilidad internacional y su exigibilidad	134
3.2. Las obligaciones primarias y secundarias del “Estado juez”	138
3.2.1. Aspectos generales	138
A) Los deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito interamericano	140
B) Los deberes específicos de los órganos judiciales nacionales	144
a) Deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos	146
b) Deberes de investigar los hechos y sancionar a los responsables	150
c) Deber de luchar contra la impunidad, cooperación judicial y derecho a la verdad.....	155
d) Deber de reparación integral	163
e) El deber especial de control judicial interno de convencionalidad	169
C) Deberes sustantivos (normas primarias) sobre el debido proceso y el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo	176

D) La naturaleza de los tribunales y los elementos mínimos del debido proceso.....	191
a) La pluridimensionalidad de la judicatura nacional: El juez como sujeto activo, pasivo y contenido material del derecho de acceso a la justicia.....	191
b) La naturaleza de las y los jueces y tribunales nacionales en el marco del DIDH y el derecho a un juez competente (juez natural) establecido en la legislación	195
E) Separación de poderes e independencia del Poder judicial en el Derecho internacional contemporáneo	206
a) Alcance objetivo de la independencia judicial	214
b) La independencia de los jueces: dimensión subjetiva, funcional o individual	219
c) La independencia judicial, el derecho de asociación y la libertad de expresión	227
d) El Principio de imparcialidad judicial	229
e) Garantías procesales mínimas del debido proceso.....	233
i) El derecho de acceso a un tribunal	234
ii) Principio de igualdad de armas, el principio de contradictorio y el derecho a contar con procesos equitativos.....	241
iii) El principio de plazo razonable.....	245
iv) El principio de publicidad	250
v) Debida motivación de las determinaciones judiciales	253
vi) El deber de ejecución de las sentencias	256
vii) El derecho a la doble instancia (derecho a recurrir el fallo en materia penal)	260
CAPÍTULO IV	263
LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA INTERNACIONAL: DE LA SUBSIDIARIEDAD AL DIÁLOGO INTERJUDICIAL	263
4.1. <i>La naturaleza complementaria del sistema internacional</i>	263
4.2. <i>El principio de subsidiariedad (aspectos generales)</i>	266
4.3. <i>Las dimensiones de la subsidiariedad:</i>	266
4.3.1. La dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad (Función normativa y margen de apreciación).....	267
A) La función legislativa y normativa (la dinámica interpretativa).....	267
B) La doctrina del margen de apreciación y la cláusula “necesario en una sociedad democrática”	276
a) <i>Origen y naturaleza</i>	276
b) <i>Alcance de la doctrina</i>	279
c) <i>Presupuestos normativos e institucionales</i>	282
d) <i>Limitaciones y críticas</i>	284
e) <i>Proyecciones interamericanas de la doctrina</i>	286
4.3.2. La dimensión procesal del principio de subsidiariedad.....	290
A) La fórmula de la “cuarta o última instancia”.....	291
B) La regla del previo agotamiento de los recursos internos	305
a) La dimensión procesal de la subsidiariedad y responsabilidad internacional	317
4.4. <i>Las consecuencias de la mundialización en la aplicación del derecho internacional por los jueces nacionales</i>	319
4.4.1. La aplicación judicial del derecho internacional	326
4.4.2. <i>Judicial Globalization: diálogo y comercio transjudicial y comunidad transnacional de jueces</i>	339
4.4.3. <i>Hacia un constitucionalismo global y plural (ius constitutionale commune)</i>	352
CONCLUSIÓN.....	362
BIBLIOGRAFÍA	368

SUMMARY

JUDGES, GLOBALIZATION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (DUTIES, RESPONSIBILITIES AND POSSIBILITIES OF THE JUDICIARY IN THE CONTEMPORARY WORLD)

I. Introduction

We live at a time of uncertainty. Globalization, a generic expression that has been given to a series of complex and multidimensional cultural processes, modifies our conception of our immediate reality: space-time dimensions have been changed by blurring the borderline between domestic and foreign affairs, between what is here and what is now.

The crises of paradigms become evident in the sphere of law, in which greater certainty is required, a sphere in which human beings have placed their hopes of regulating human conduct not only to prevent conflict but also –and perhaps more importantly– to create dignified living conditions.

What does the discourse of human rights, along with its national and international institutions, represent in view of this reality? It may represent a reproduction of the hegemonic model but it can also represent hope in a paradigmatic shift (gradual but progressive and anti-hegemonic) that turns the historical struggle for human dignity into a steady guarantee in order to achieve material justice: a possible and achievable justice in the midst of contemporary idealism, fanaticism and fatalism.

In this context, the study of the judicial function of the judiciary –ultimately responsible of effectively guaranteeing human rights– is a priority from a comprehensive perspective. In fact, the study of the judicial application of international law has generated a remarkable interest in recent decades, which has risen and developed in recent years. In this context, the study of the relationship between international and national law –a classical issue for internationalists– acquires special relevance, due to the increasing demand for an effective guarantee of human rights; the need of a more widespread national reception of international regulations and case-law, and the search for an adequate complementation

between legal systems, both through the effective application of the international law and through inter-judicial cooperation and dialogue.

II. Contents

This study is a reflection on the circumstances that surround the exercise of the judicial function in a globalized world and the possibilities that arise from a perspective that strives for a more effective protection of human rights. The study makes special reference to the inter-American human rights system, whose development and consolidation is one of the most important phenomena in the recent decades. The purpose of this study is to show, from a comprehensive perspective, how the judges find themselves nowadays in a unique position that allows them to actively act as agents of social change, insofar as they are agents of international law, particularly of the international human rights law. This study is structured in four chapters.

The first chapter focuses on the dual activity that the judges perform both as keepers of human rights and as mediators between government and society, in order to emphasize that the globalization process –as a complex, multifaceted, multidimensional, selective and uneven process– changes the way in which international and state agents operate so that the so-called “judicial globalization” generates global networks of interconnection and functional interdependencies that influence the conception of the judicial work, which is thus involved in a process of expansion of the communications and reciprocal influences (both regulatory and procedural).

In this context, judges can act as agents of globalization from above or as human rights defenders with a cosmopolitan perspective that contributes to generate or consolidate processes of emancipation that have in mind the defence of common interests. This involves looking at the promotion and protection of human rights, as well as the national judicial guarantee that they must have, from the perspective of its cultural context.

The second chapter highlights the specific circumstances in which national judges act within the context of constitutional states, which take place in a specific historical moment (unprecedented from a global perspective) marked by the internationalization of human rights, the receptiveness of the constitutions towards international law, the

judicialization of political and social procedures –both nationally and internationally–, and the consequent proliferation of complementary and subsidiary international courts.

Each of these processes places national judges in the midst of a series of expectations, rights and duties that involve two circumstances. On the one hand, the existence of a complex international system with a common purpose to promote, protect and guarantee human rights (recognized either by universal instruments or by regional ones) that lead to the transformation of traditional conceptions of state sovereignty and to the expansion of the sources of law along with the broadening of the possibilities of the hermeneutic horizon regarding the nature and the scope of the international human rights law in a context of juridical pluralism and diversity.

On the other hand, due to an open conception of the function of the state, a greater receptiveness of the constitutions towards international law and the internal processes of (neo) constitutionalism and judicialization, national judges are placed as links of a more complex judicial system that has a complementary and subsidiary character. This conception is characterized by the constitutional recognition of the international rules and the international case-law that spring from the tendency of judicially enforcing human rights and it is reinforced by the creation of international courts (an European, an Inter-American and an African Court, so far) that function as subsidiary courts in order to guarantee human rights (while national courts remain as their primary keepers). States must explicitly recognize the jurisdiction of these international courts so that there is no possibility of arguing that the latter are foreign or bizarre mechanisms for protecting human rights since they become complementary mechanisms, which States –exercising their sovereignty– freely embrace.

The third chapter studies the role of the national judges within the international system as subjects –in the dual character of this word: active and passive– as well as the materialization of the right of having an independent and impartial judge. This study analyses the primary and secondary rules that govern the function of the judges, emphasizing on one side, the responsibility of states for internationally wrongful acts and, on the other side, the primary rules that recognize rights and impose duties to judges, with the specific function of protecting and guaranteeing human rights effectively.

Finally, the fourth chapter covers the main operational features of the international system of human rights protection: its subsidiary and complementary character and its procedural and substantive dimensions. These dimensions and the circumstances that impel national judges to apply the international law allow us to understand the way in which the international system interlinks with the national systems and their operators. These linkages allow us to put in context the European doctrine of the margin of appreciation or the rule of the exhaustion of domestic remedies. All of the above places national judges as agents of international law since they must exercise an adequate review of the laws for compliance with the human rights conventions [*control de convencionalidad*]. Judges are also agents of international law because they take part in a wider dialogue (formal and informal) with other judges that create a network which is an expression of constitutional pluralism in the international system.

III. Conclusions

In an open society of constitutional interpreters, judges must be willing to dialogue with other political and social stakeholders so that they can turn the legitimate demands of the latter into guaranteed rights and, as rights, into reasons for the social action and transformation.

The design of the comprehensive system of human rights protection –which contains two levels (national and international) and a complementary and subsidiary character– and the responsibility of states for internationally wrongful acts allow us to understand better the social practice of human rights. The understanding of this practice requires the definition of the cultural and judicial contexts in which the system operates (globalization, internationalization, constitutionalism and judicialization) as the primary and secondary duties that involve the action of the national judges. To all of the above we must add the new perspectives of dialogue and interrelationship.

International human rights law offers a hermeneutic and wide dialogic horizon: since the system is understood as a system of minimal standards it admits different interpretations. This plurality of interpretations finds its expressions in the doctrine of the

margin of appreciation, in the *pro homine* principle, in the evolutive interpretation and in the principle of proportionality.

Despite this wide horizon of interpretations there are still resistances against the international human rights law based on the concept of state sovereignty. Examples of these resistances can be found in certain decisions of the Venezuelan and the Dominican Republic's Supreme Courts that have disregard the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, in spite of the receptiveness of their constitutions towards international human rights law. This is also the case with the decisions that the United States Supreme Court has made. Although the USSC once established a dialogue –feeble as it may have been– with the international human rights system (in cases such as *Lawrence v. Texas* or *Roper v. Simmons*), in cases such as *Medellín v. Texas* and *Leal García v. Texas* the Supreme Court chose to reject altogether the judgement of the International Court of Justice in the Avena Case (*Avena and Other Mexican Nationals v. United States of America*) by stating that the ruling on that case did not by itself constitute binding federal law.

On the other hand, it is also possible to find encouraging examples of the dialogue that has been established between the international human rights system and some national courts. The Mexican, Argentinean, Bolivian, Costa Rican, Guatemalan, Panamanian, and Peruvian Supreme Courts have acknowledged the binding character of the resolutions of the Inter-American Court of Human Rights. Furthermore, the Argentinian, Chilean, Peruvian, Uruguayan, Colombian and Brazilian courts have also embraced the jurisprudence of the Inter-American Court that declares the incompatibility of amnesty laws with a state's obligation to investigate, prosecute and punish those responsible for serious human rights violations.

To sum up, we can conclude that the national judges are the first keepers of human rights and the agents of the international law responsible for the effective application and interpretation of human rights. National judges are also accountable at the national and international level for their decisions. Due to the particular nature of their function, national judges have also been granted special rights and guarantees to perform their duty. National judges are likewise outstanding international agents that participate in the creation of global networks and in the different forms of inter-judicial dialogue. This dialogue in turn favours a broader debate on the significance and the possibilities of the judicial function in the

context of the contemporary constitutional state. This debate also focuses on the creation of a common judicial law in a context of constitutional pluralism that defines the new dynamics of the international system.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Penal Internacional
DIR	Derecho Internacional de los Refugiados
IDI	Institute de Droit International
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Los meros deseos no han saciado nunca a nadie. De nada sirven, incluso debilitan, si a ellos no se añade un querer radical; y junto a este querer, una mirada también radical, precavida, que muestra al querer lo que tiene que hacerse.

Ernst Bloch*

Vivimos en una época de incertidumbre. El avance tecnológico en las comunicaciones nos muestra día a día las marcadas diferencias que alberga nuestro planeta. La globalización o mundialización, como expresión genérica de una serie de procesos culturales complejos y multidimensionales, modifica la concepción de nuestra realidad inmediata, las dimensiones espacio-temporales se alteran diluyendo las barreras entre lo interno y lo externo, entre el aquí y el ahora.

El aumento en las interrelaciones humanas hace que, paradójicamente, las personas se sientan cada vez más aisladas en un mundo que se les presenta más próximo, se abren opciones al tiempo que se cierran las posibilidades, se amplían los derechos y se restringen las oportunidades. El miedo y la incertidumbre transforman la percepción de “la realidad” y de las formas sociales.¹ La fractura y el cambio en los paradigmas tradicionales son expresión recurrente en los debates académicos de diferente índole.²

Las crisis paradigmáticas se manifiestan ahí donde mayor certeza se requiere: en el ámbito de lo normativo –al que el ser humano ha confiado la esperanza de regular las conductas de forma tal que no sólo impidan el desastre, el conflicto y el caos, sino que, y quizá prioritariamente, contribuyan a generar condiciones de vida digna–, en el horizonte de lo ético y jurídico, el deber se diluye y la solidaridad se evapora.³

* *El principio esperanza*, T. 3., Madrid, Trotta, 2007, p. 485.

1 Cfr. BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, CONACULTA-Tusquets, México, 2007 y SOYINKA, Wole, *Clima de miedo*, Tusquets, España, 2007.

2 Un análisis clásico del concepto de “paradigma”, como constelación de creencia, valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad dada, o como modelo para solucionar problemas durante un periodo determinado en KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999 y *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Paídos I.C.E./ U.A.B., Barcelona, 1989.

3 Sobre el tema del lugar de los deberes en la actualidad véase: LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 2008 y AA. VV., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, José ESTÉVEZ (ed.), Madrid, Trotta, 2013.

Como advierte Boaventura de Sousa Santos, la desaparición paulatina de lo social y el confinamiento de las personas en su esfera de autonomía individual –como expresión de un compromiso personal con un mundo que aparece como imposible de cambiar–, lo único que alcanzan es a reforzar las relaciones de poder dominantes y la creciente desigualdad; “vivimos –señala– en un mundo en el que las más insólitas injusticias sociales y el más injusto sufrimiento humano no parecen ya generar la indignación moral ni la voluntad política de combatirlos de manera efectiva y crear una sociedad más justa y equitativa”.⁴ Ante esta realidad, qué ofrece el discurso de los derechos humanos y sus instituciones nacionales e internacionales: La reproducción de un modelo hegemónico o la esperanza de un cambio paradigmático (quizá paulatino pero progresivo, contra-hegemónico) que haga de la histórica lucha por la dignidad una garantía estable de justicia material, una justicia posible y alcanzable, entre los idealismos, fanatismos y fatalismos contemporáneos.⁵

En este escenario de duda y cuestionamiento, el discurso de los derechos resurge ante nuevas amenazas y se plantean nuevos desafíos.⁶ Si bien, como afirma Richard Ullman, ningún tiempo es “verdaderamente bueno” para los derechos humanos,⁷ podemos constatar, sin embargo, que existen elementos en el contexto internacional y en la narrativa constitucional que permiten concebir un escenario propicio al discurso y la práctica de los derechos, con todas las ventajas, posibilidades y riesgos que ello implica, a partir de la actuación efectiva de los órganos de justicia.⁸

En este escenario complejo y plural, el análisis de la función judicial –responsable en última instancia de la garantía efectiva de los derechos humanos– es prioritario desde una perspectiva integral. De hecho, el estudio de la aplicación judicial del Derecho

4 SANTOS, B., *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 10.

5 Cfr. MARINA, José Antonio y María DE LA VÁLGOMA, *La lucha por la dignidad*, Barcelona, Anagrama, 2005.

6 Sobre la transformación del lenguaje jurídico y las revoluciones sociales, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 2ª ed., Civitas, España, 2001.

7 ULLMAN, Richard, “Human Rights toward International Action” en DOMINGUEZ, J.; RODLEY, N.; WOOD, B.; FALK, R., *Enhancing Global Human Rights*, McGraw-Hill, New York, 1979, p. 1.

8 Sobre el “tiempo o la era de los derechos”, que no debemos confundir con el triunfo de los mismos, véase BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991 y HENKIN, Louis, *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990. Para una visión crítica del discurso de los derechos y de los excesos del “humanitarismo” véase: KENNEDY, David, *The Dark Side of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004; EVANS, Tony, *The Politics of Human Rights. A global Perspective*, 2ª ed., Pluto Press, London, 2005.

internacional (DI) ha generado en las últimas décadas un singular interés y, en los últimos años, particular auge y desarrollo.⁹ Con ello, el estudio de las relaciones entre el DI y el derecho interno –tema clásico para los internacionalistas– adquiere especial relevancia, ante la exigencia, cada vez mayor, de una garantía efectiva de los derechos humanos; la necesidad de una recepción nacional más amplia de las normas y la jurisprudencia internacionales, y la búsqueda de una adecuada complementariedad entre sistemas jurídicos, a través de la aplicación efectiva del DI, y de la cooperación y el diálogo interjudicial.¹⁰

El presente estudio es una reflexión sobre estos aspectos. Particularmente sobre las circunstancias que rodean el ejercicio de la función judicial en un mundo globalizado y de las posibilidades que se le plantean desde la perspectiva de una más efectiva protección de los derechos humanos. El estudio hace especial referencia al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuyo desarrollo y consolidación es uno de los fenómenos más relevantes de las últimas décadas. Su finalidad es mostrar, desde una perspectiva integral, cómo los jueces en la actualidad están situados en una posición singular que les permite participar activamente como agentes del cambio social, en tanto agentes del DI y, particularmente, del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

⁹ Por citar algunas publicaciones sobre estos temas, véase: BLACKBURN, Robert y POLAKIEWICZ, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001; CARPI, Federico, GIOVANNUCCI Orlandi, Chiara, (Eds.) *Judicial protection of human rights at national and international level. International congress on procedural law for ninth centenary of the University of Bologna*, Vol. II, Milano-Dott A. Guiffre Editore, 1991; CONFORTI, Benedetto y FRANCIONI, Francesco (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1997; FALK, Richard, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, 1964; FRANCK, Thomas & FOX, Gregory (Ed.), *International law decisions in national courts*, Transnational Publishers, USA, 1996; TATE, C. Neal y VALLINDER Torjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, USA, 1995; SCHREUER, Christoph, *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Oceana Publications, USA, 1981; SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004; SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford University Press, 2007 y NOLLKAEMPER, André, *National Courts and the International Rule of Law*, IK, Oxford University Press, 2011.

¹⁰ Cfr. AA.VV., *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*, NIJMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André (eds.), UK, Oxford University Press, 2007. Un análisis del tema en el ámbito interamericano en AA.VV., *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya CASTAÑEDA (coords.), México, UNAM-SRE, 2009.

La reflexión sobre la labor judicial que aquí se presenta parte de dos premisas. La primera que la globalización o mundialización, si bien limita las capacidades de los Estados e impone modelos de estandarización, ofrece también una serie de posibilidades inusitadas a los agentes estatales (en particular a la judicatura) siempre que desarrollen las capacidades y actitudes necesarias para aprovecharlas en beneficio de su función y de la protección de los derechos y libertades de las personas sujetas a su jurisdicción. La segunda, que los jueces son agentes del derecho público y su función es, como lo advierte Owen Fiss,¹¹ evaluar la realidad práctica a luz de los valores constitucionales, encarnando la razón pública que expresan, debiendo entablar relaciones de diálogo con el público y justificar sus determinaciones con base, precisamente, en razones públicas aceptables, siendo estas, entre otras las normas, principios y criterios jurisprudenciales. De esta forma, la función principal de los jueces (nacionales e internacionales) es dotar de significado y expresión concreta a los valores públicos (comunes) contenidos en los ordenamientos jurídicos. Ello en un contexto de crisis de legitimación de las instituciones burocráticas, lo cual supone necesariamente situar la reflexión en un plano moral, ético, que implica volver, cuantas veces sea necesario, a la pregunta ¿qué podemos esperar de la judicatura en el mundo contemporáneo?

El estudio se desarrolla en cuatro capítulos desarrollados a partir de una lógica deductiva de aproximación, de forma tal que, primero, se analizan diferentes fenómenos y circunstancias generales, después se profundiza sobre aspectos técnicos de operatividad del sistema internacional, para, finalmente volver a una aproximación global sobre la “gran circunstancia” de los jueces nacionales como agentes del DI, sus principales deberes y más inmediatos desafíos.

El objetivo del primer capítulo es situar en su amplio contexto la actividad de los jueces, en tanto garantes de los derechos humanos y actores intermedios entre el gobierno y la sociedad, a fin de destacar que el proceso de mundialización –como fenómeno complejo, polifacético, multidimensional, selectivo y dispar–, modifica la forma en que operan los actores internacionales y estatales (tanto hacia, como desde, el interior de las fronteras) de forma tal que la denominada “globalización jurídica” genera redes mundiales de

¹¹ FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

conexiones e interdependencias funcionales que inciden en la concepción del trabajo judicial, envuelto en un procesos de ampliación de comunicaciones e influencias recíprocas (normativas como procedimentales).

En este contexto, los jueces pueden actuar como agentes de la globalización en su sentido hegemónico o regulador (desde arriba), o como defensores de derechos humanos con una perspectiva cosmopolita (abierta y plural, desde abajo) con un impacto que contribuya a generar o consolidar procesos de emancipación, a partir de la defensa de intereses comunes (humanismo global) y con acciones alternativas a los globalismos asimétricos (depredadores). Ello supone una “vuelta a la estatalidad” a partir de la promoción, protección y garantía judicial de los derechos humanos desde el análisis de su contexto cultural.

El segundo capítulo destaca la circunstancia específica en que actúan los jueces nacionales en el contexto de los Estados constitucionales, situados en un momento histórico singular (sin precedentes desde una perspectiva global) caracterizado por la internacionalización de los derechos humanos, la apertura constitucional al derecho internacional, la judicialización de los procesos políticos y sociales, tanto en el ámbito nacional como internacional, y la consecuente multiplicación de tribunales internacionales de naturaleza complementaria y subsidiaria.

Cada uno de estos procesos sitúa al juez nacional en el conjunto de una serie de expectativas, derechos y deberes que implican, por un lado, la existencia de un complejo entramado internacional (normativo e institucional) con el propósito común de promover, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas (tanto en el ámbito universal como regional) que conlleva necesariamente a la transformación de las concepciones tradicionales de soberanía estatal, y a la ampliación del sistema de fuentes normativas y de horizontes hermenéuticos, respecto de la naturaleza y alcance de los normas internacionales de derechos humanos (en tanto principios universales, indivisibles e interdependientes) en un contexto de pluralismo jurídico y respeto a la diversidad.

Por otro lado, la mayor apertura constitucional al derecho internacional y los procesos internos de (neo)constitucionalismo y judicialización, sitúan a los jueces (en especial, constitucionales y supremos) en tanto garantes últimos de los derechos humanos en el ámbito nacional, como eslabones de un sistema más complejo de carácter

complementario y subsidiario, a partir de una concepción abierta y cooperativa de la función estatal, caracterizada por el reconocimiento constitucional de las normas internacionales y la recepción de la jurisprudencia internacional derivada de la tendencia a la justiciabilidad de los derechos humanos, reforzada por la conformación de tribunales internacionales (en el ámbito regional europeo, americano y africano, al momento), que operan como instituciones subsidiarias –en tanto que corresponde en primer orden a los jueces nacionales la garantía de los derechos humanos de fuente nacional e internacional– a partir del reconocimiento por los Estados de sus jurisdicciones, de forma tal que no se trata de mecanismos extraños ni ajenos, sino complementarios y asumidos soberanamente por los Estados.

El tercer capítulo sitúa a los jueces nacionales dentro del sistema internacional como sujetos activos, pasivos y como contenido material del derecho a un “juez natural”, a partir del análisis de las normas primarias y secundarias que rigen su función, destacándose, por un lado, el régimen de responsabilidad internacional del Estado (su aspecto integral, los efectos de la responsabilidad agravada y el momento de su configuración) y, por el otro, las normas primarias que reconocen derechos e imponen deberes a los jueces, en tanto agentes del Estado con la función específica de proteger y garantizar de manera efectiva los derechos humanos, lo que supone el reconocimiento de una serie de garantías de independencia e imparcialidad, pero también la imposición de deberes de cumplimiento de garantías sustantivas y procesales (debido proceso, plazo razonable, garantía de audiencia, deber de motivación, publicidad, doble instancia, etc.), a fin de respetar el derecho de acceso a la justicia.

Finalmente, el cuarto capítulo abarca los elementos principales de operatividad del sistema internacional de protección de los derechos humanos; su carácter subsidiario y complementario (tanto en su función normativa o sustantiva, como operativa o procesal), a fin de destacar la relevancia práctica de los jueces nacionales, y el alcance de los tribunales internacionales en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones en este ámbito.

La identificación de tales dimensiones, así como de los diferentes elementos (internos y externos) que inciden en la aplicación del DI por los jueces nacionales, aclara la forma en que el sistema internacional se interrelaciona con los sistemas y operadores internos, a partir del reconocimiento de derechos y el establecimiento de obligaciones

sustantivas, así como de pautas de interpretación, lo que también permite poner en contexto la doctrina europea del margen nacional de apreciación, así como las excepciones procesales basadas en la denominada “fórmula de la cuarta instancia” y en la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Todo ello sitúa, desde ambas dimensiones, a los jueces nacionales como agentes del DI, en la medida en que ejercen un adecuado control de convencionalidad, y asumen no sólo sus obligaciones como deberes propios sino como participantes en procesos más amplios de diálogo e interrelación (formal e informal) con otros jueces e instancias internacionales, en la conformación de espacios de deliberación y diálogo interjudicial que contribuyen a la conformación de un sistema internacional integral de derecho jurisprudencial, como expresión de un pluralismo constitucional en el ámbito internacional, a partir de un sistema común de valores y principios, así como de instituciones encargadas de la protección de los derechos humanos.

La adecuada comprensión del régimen de responsabilidad y de operatividad de tal sistema integral de protección es indispensable para garantizar “el derecho a los derechos”: el derecho de acceso a la justicia *latu sensu*, en los planos nacional e internacional como una aproximación a la realización de la justicia material.¹²

Si estos son tiempos propicios para los derechos humanos es algo que depende en última instancia de la voluntad de los hombres y mujeres que constituyen la sociedad, que conforman las instituciones internacionales y los gobiernos estatales, que integran los órganos legislativos y que se desempeñan como juezas y jueces en las cortes y tribunales nacionales e internacionales. De estos hombres y mujeres, y de todos nosotros, depende que la narrativa de los derechos humanos incida en la práctica social (transformándola) y que el barco del Estado Constitucional navegue por las aguas siempre difíciles de la realidad y llegue a buen puerto; ahí donde los derechos fundamentales y las necesidades básicas estén, respectivamente, garantizados y cubiertas para todos y todas sin discriminación alguna.

El presente trabajo se inspira y se nutre de la experiencia de su autor, por más de diez años, como secretario de estudio y cuenta en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México. Durante ese periodo he podido observar y contribuir al avance

¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones” en AA. VV., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 188.

en la consideración y recepción judicial del DIDH y de la jurisprudencia internacional (interamericana en particular), a partir de una lenta pero progresiva incorporación al “diálogo interjudicial”.¹³ De hecho, México vive un momento de verdadero auge en la reflexión sobre estos temas, impulsada por acciones judiciales y reformas constitucionales que han puesto sobre el escenario de la justicia nuevos paradigmas sobre la recepción del derecho y la jurisprudencia internacionales.¹⁴ He aquí un modesto aporte a la discusión.

13 Para ilustrar la dimensión de dicho diálogo en los últimos años, de una búsqueda entre todos los casos de la Sala Superior del Tribunal Electoral, en que se ha hecho alusión a la Corte IDH (tanto en demandas, como en sentencias, votos particulares y concurrentes) el sistema del propio Tribunal, arroja 588 y se advierte un claro incremento a partir del año 1999 (1), 2000 y 2001 (0), 2003 (2) 2004 (6) 2005 (3) 2006 (17), 2007 (25), 2008 (23), 2009 (25), 2010 (36), 2011 (64), 2012 (147), 2013 (102), 2014 (120) y 2015 (14, a febrero).

14 Cfr. AA. VV., *Reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coords.), México, UNAM, 2011 y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta MORALES, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012; sobre el Expediente Varios 912/2010 (*Caso Radilla*): COSSÍO DÍAZ, José Ramón; Raúl MEJÍA GARZA y Laura ROJAS, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012; AA. VV., *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, GUTIÉRREZ, Juan Carlos y Silvano CANTÚ (coords.), 2ª ed., México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos-Ubijus, 2013, y DEL TORO HUERTA, Mauricio, “Perfiles históricos y judiciales del *Caso Radilla Pacheco*”, en AA. VV., *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de derechos Humanos*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, México, UNAM-III/Instituto de Formación Profesional, PGJDF, 2014, pp. 79-112. A la par de ello se han incrementado los casos contra el Estado mexicano ante el sistema interamericano y las condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en los casos *Castañeda Gutman*; *González y otras (“Campo Algodonero”)*; *Radilla Pacheco*; *Caso Fernández Ortega y otros*; *Rosendo Cantú y otra*; y *Cabrera García y Montiel Flores*; asimismo, la Corte homologó un acuerdo de solución amistosa en el *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre* y determinó acoger la excepción preliminar *ratione temporis* y no conocer del fondo del *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd*. En general, cfr., GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mauricio DEL TORO HUERTA, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y Transformaciones*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

CAPÍTULO I

EL CONTEXTO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DIDH: LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CULTURALES Y LOS DIFERENTES ROSTROS DE LA GLOBALIZACIÓN

Más allá de la tradición jurídica y la ubicación geográfica de cada uno de nuestros tribunales, el lenguaje, ya universal, de los derechos humanos, devela una verdad común: que los problemas y retos que enfrenta un juzgador, al realizar su trabajo: son universales. Todas las jurisdicciones enfrentamos los nuevos y los viejos retos [...] Tal vez el lenguaje común de los derechos humanos nos ayude a encontrar soluciones a estos problemas, que todos enfrentamos [...] Todos conocemos los lacerantes dilemas que se derivan de juzgar a los demás, en especial en tiempos como el que nos toca vivir, en el que el mundo es, a la vez, más pequeño por los avances tecnológicos, pero más grande por la diversidad de nuestras comunidades; por la desigualdad que existe entre nosotros; por las claras diferencias, a veces ofensivas, en la calidad de vida de los habitantes de las distintas naciones [...] Los jueces mexicanos realizamos nuestro trabajo cotidiano a partir de la convicción de que debemos cumplir cabalmente nuestras obligaciones constitucionales y convencionales.

*Juan Silva Meza**

1.1. Aspectos Generales

El escenario internacional del siglo XXI está marcado por la agudización de diferentes procesos culturales que generalmente se enmarcan dentro del contexto de la denominada “globalización” o “mundialización”.¹⁵ Este proceso en que está insertada la sociedad

* “Palabras del señor ministro Juan N. Silva Meza, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal [México], con motivo de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, constitucionales y regionales” AA. VV., *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales (México 2012)*, coordinado por PEREZ VÁZQUEZ, Carlos y Javier Hernández, México, SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, pp. XVI y XVII.

15 Como algunos autores aquí consideramos los términos “globalización” y “mundialización” como sinónimos, otros distinguen entre “mundialización” como proceso complejo de internacionalización y “globalización” como ideología que justifica la expansión de un modelo económico neoliberal. Cfr. entre otros, DÍAZ MÜLLER, Luis, “Globalización y Derechos Humanos. El orden del caos”, en *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-IIIJ, México, 2003, p. 37; BEN ARCHOUR, Yadh, “État, cultures, et mondialisation”, KOHEN, Marcelo, “Manifeste pour le Droit International du XXIe Siècle” y MORAND, Charles-Albert, “La souveraineté, un concept dépassé à l’heure de la mondialisation?”, todos en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/ L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001; FARÍÑAS Dulce, María José, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2000 y MORENO, Isidro, “Mundialización, Globalización y Nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación” en

mundial, identificado generalmente con el desarrollo del capitalismo a escala global, se manifiesta además –en tanto fenómeno complejo– en muchos ámbitos de la cultura,¹⁶ y transforma las relaciones tradicionales entre los diferentes actores sociales, tanto a nivel nacional como internacional.

Las transformaciones derivadas de este fenómeno en el ámbito jurídico son significativas y repercuten en distintos aspectos, lo mismo en el ámbito estatal que internacional. De hecho, la reglamentación jurídica de la globalización plantea un problema de doble vía. Por un parte, se imponen reglas para permitir o facilitar el intercambio y la interrelación entre sujetos y, por la otra, se establecen límites a los efectos de la globalización. En cualquier caso el componente jurídico de la globalización se encuentra inmerso en este proceso de ida y vuelta y su regulación es pluridimensional tanto en su sistema de fuentes como en sus procedimientos e instituciones. En cualquier caso, como lo destaca Danilo Zolo, la afirmación del carácter “global” de un problema no dice nada sobre el tipo de intervenciones que serían necesarias para resolverlo.¹⁷ De ahí que las posibles soluciones a las tensiones generadas por la globalización no necesariamente tienen una respuesta exclusivamente jurídica o se agotan en el ámbito legislativo.

Evidentemente, la aplicación judicial del derecho en general, y del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en particular, no está al margen de tales procesos de mundialización. Por el contrario, en la actualidad, si bien se considera que la actuación de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho internacional (DI) se encuentra determinada, en un primer momento, por el propio ordenamiento jurídico estatal, su análisis debe ubicarse en un contexto más amplio (regional y global) marcado por la

CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 71.

¹⁶ Diversos autores consideran que a diferencia de la globalización capitalista, relativamente reciente, el proceso de mundialización tiene un origen remoto, lo importante para efecto de este trabajo, sin embargo, no es situar el origen de dicho fenómeno sino destacar sus características contemporáneas. Para un análisis más amplio del origen y desarrollo del proceso de globalización véase: KAPLAN, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002; GINER DE SAN JULIÁN, Salvador, “La naturaleza de la Mundialización” en CAPELLA, Juan Ramón (coord.) *Transformaciones del Derecho en la Mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 14 y ss; FERRER, Aldo, *Historia de la Globalización. Origen del Orden Económico Mundial*, Fondo de Cultura Económica, 1996, e *Historia de la Globalización II. La Revolución industrial y el Segundo Orden Mundial*, Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹⁷ ZOLO, Danilo, *Globalización. Un mapa de los problemas*, trad. Miguel Montes, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2006, p. 8.

existencia de tendencias simultáneas que sitúan al juez nacional en una posición singular tanto en el ámbito nacional como internacional.

En general, se considera que en la era de la mundialización los jueces están situados en una posición singular respecto de cualquier otro órgano del poder público estatal y el adecuado ejercicio de su función repercute en beneficio tanto del sistema de control y garantía del orden interno, como de la eficacia del DIDH en el ámbito nacional, regional e internacional. Como lo advierte Zolo, “la función judicial y el poder de los jueces tienden a expandirse tanto en el ámbito nacional como a escala internacional, limitando el poder legislativo de los parlamentos y erosionando ulteriormente la soberanía jurisdiccional de los Estados”.¹⁸

Esta nueva perspectiva de la judicatura debe valorarse también en su contexto. Así, al analizar la vinculación de los jueces con la globalización se han destacado dos aspectos que limitan o controlan la actuación judicial: como poder del Estado a través de las instancias de supervisión internacional y como institución tributaria de un modo muy específico de proceder y de decidir a través de las normas procesales y sustantivas que regulan su funcionamiento y por el control social sobre la judicatura.¹⁹

En este apartado se busca identificar aquellos elementos que desde un punto de vista global forman parte del contexto de aplicación del DI por los jueces nacionales. Se parte del supuesto de que éstos, si bien ejercen sus funciones en el marco del ordenamiento jurídico estatal, el ejercicio de su función está determinado tanto por el contexto constitucional como por el contexto del “sistema global”. Ello es así en virtud de la influencia que el proceso de mundialización o globalización tiene en el ejercicio del poder al interior de los Estados y en la progresiva fragmentación del poder estatal.²⁰

¹⁸ *Ídem*, p. 113.

¹⁹ Cfr. ORDÓÑEZ Solís, David, *El cosmopolitismo judicial en la sociedad global. Globalización, derecho y jueces*, Thomson-Aranzadi, España, 2008, pp. 23-24.

²⁰ La influencia de estos procesos en la protección de los derechos humanos es significativa. Particularmente, el incremento de las comunicaciones (en especial a través de *Internet*) ha abierto puertas y puertos de comunicación antes insospechados para los jueces nacionales y el derecho comparado. Por mencionar sólo algunos ejemplos, en la actualidad existen diferentes bases de datos, tales como Lexis Nexis, Jstor; HeinOnline o Westlaw. Asimismo, por ejemplo, en el ámbito europeo la Comisión de Venecia opera el sitio CODICES, así como el *Bulletin on Constitutional Case-Law* (<http://www.codices.coe.int>). Existe también el *Oxford Reports on International Law* (<http://opil.ouplaw.com/>) y en el ámbito interamericano destaca el *Buscador jurídico avanzado en materia de derechos humanos (BJDH)* (<https://www.buscadh.bjdj.org.mx/inicio.aspx>).

Tal acercamiento del mundo permite también identificar los principales rasgos característicos de cada cultura y aumenta el intercambio intercultural. Ello motiva a la reflexión dentro del propio sistema social, antes limitado al espacio estatal, desde una perspectiva mucho más amplia. En consecuencia se crea, lenta pero progresivamente, un discurso común pero plural que, en el ámbito de los derechos humanos, se manifiesta con una creciente “humanización” del pensamiento jurídico.

1.2. La Dimensiones de la mundialización o las distintas globalizaciones

La mundialización o globalización, como fenómeno complejo, ha sido estudiada desde múltiples enfoques y sobre ella existen diferentes puntos de vista e incluso versiones contradictorias.²¹ La globalización es un término polisémico, pluridimensional y ambivalente.²² Por ello se dice que la globalización “en singular” no existe²³ y, por tanto, no estamos ante un fenómeno neutral, sino ante un proceso dinámico, antagónico y paradójico.²⁴

Así, se habla de una “globalización positiva” y una “negativa” e incluso “depredadora”, así como, de una “globalización desde arriba”, opuesta a una “globalización desde abajo”, con lo cual se busca identificar los intereses que cada una de ellas representa.²⁵ De igual forma, para destacar las características más relevantes del proceso se utilizan diversas metáforas como la “aldea global” (que evoca el alcance planetario de las comunicaciones); la “fábrica global” (que resalta la conformación de una nueva división internacional del trabajo); las “Vegas global” (que hace una parodia de los juegos

21 Cfr. GEORGE, Susan y WOLF, Martín, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Anagrama, Barcelona, 2002 y EVANS, Tony, *The Politics of Human Rights. A global Perspective*, 2ª ed., Pluto Press, London, 2005; KADRAGIC, Alma, *Globalization and Human Rights*, Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2005.

22 Cfr. FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Trad. Carlos Lema Añón, Editorial Trotta, España, 2001, p. 39.

23 Cfr. CARBONELL, Miguel, “Globalización y derecho: siete tesis” en DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM, México, 2003, p. 1.

24 FARÍÑAS, María J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 5 y ss.

25 Más adelante se volverá sobre la distinción que hace Richard Falk entre “globalization-from-above” y “globalization-from-below”. Cfr. FALK, Richard, “The coming global civilization: neo-liberal or humanist?” y “The quest for humane governance in an era of globalization”, ambos en *Law in An Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, Transnational Publishers, New York, USA, 1998, pp. 205 y 209 y ss. Del mismo autor: *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002.

financieros a nivel mundial, de su volatilidad y fragilidad); el “*apartheid* global” (como aquella forma de explotación y exclusión social y marginación, expresada a su vez en alusiones como “el “*soweto global*”; el “estrecho global” o el “Sahara global”).²⁶

Por otra parte, desde la perspectiva ideológica, se habla de un “humanismo global” como una nueva aproximación al estudio de las relaciones internacionales²⁷ y se destacan las bondades de una “globalización ilustrada” que hace énfasis en las tradiciones culturales que sustentan las concepciones actuales de los derechos humanos y el constitucionalismo.²⁸ Por último, diremos que se habla también de la tendencia hacia una “polis global” que apunta hacia una gobernabilidad global y a una forma de resistencia democrática frente a otras dinámicas de la globalización.

Esta pluralidad de nociones hace necesario exponer algunas ideas-base que nos permitirán identificar aquellos “componentes” del proceso de mundialización que tienen mayor incidencia en la labor de los jueces en el ámbito estatal y en los procesos de aplicación judicial del DI.

1.2.1. Concepto y perspectivas de análisis.

El término globalización (*globalization, mondialisation, Globalisierung*), como destaca Danilo Zolo, se refiere a un proceso de extensión “global” de las relaciones sociales entre seres humanos, capaz de cubrir el espacio territorial y demográfico de todo el planeta.²⁹ Por su parte, Anthony Giddens, a partir de los alcances de la revolución informática y tecnológica del siglo XX, considera que el término designa “la intensificación de las relaciones sociales mundiales que conectan entre sí a localidades muy lejanas, haciendo que los acontecimientos locales sean modelados por acontecimientos que tienen lugar miles de

²⁶ Para una revisión general de estos términos véase: Cfr. PUREZA, José Manuel, *El Patrimonio Común de la Humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?* Trad. Joaquín Alcaide Fernández, Editorial Trotta, España, 2002, pp. 51-63.

²⁷ Cfr. CHARLICK, Robert, “Human Rights and the Future of International Politics: ‘Realism’ and Global Humanism”, en David Barnhizer (ed.) *Effective Strategies for Protecting Human Rights*, Ashgate, USA, 2001, pp. 95-100.

²⁸ Cfr. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, España, 2003.

²⁹ ZOLO, *Globalización. Un mapa de los problemas*, op. cit., p. 17.

kilómetros de distancia y viceversa.”³⁰ Tales concepciones apuntan la idea de que la globalización es un proceso de expansión e intensificación de las relaciones sociales que abarca todo el planeta y hace que fenómenos locales sean influenciados y modelados por acontecimientos iniciados o acontecidos en otro lugar, a veces, muy distante.

Para David Held, “la globalización denota la expansión y la profundización de las relaciones sociales y las instituciones a través del espacio y el tiempo, de forma que, por un lado, las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que tienen lugar del otro lado del globo y, por el otro, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales pueden tener importantes repercusiones globales”. Así entendida, la globalización es “un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales”.³¹

En este sentido, la globalización implica al menos dos fenómenos distintos. En primer lugar, sugiere que muchas de las cadenas de actividades humanas están adquiriendo dimensiones globales y, en segundo lugar, sugiere que ha operado una considerable intensificación de los niveles de interacción e interconexión dentro y entre los Estados y sociedades. Ambos fenómenos en sí no son nuevos; sin embargo, lo novedoso “es la expansión de las relaciones sociales en y a través de nuevas dimensiones de actividad [tecnológica, organizacional, administrativa, legal] y la intensificación crónica de las pautas de interconexión impulsada por fenómenos tales como las redes de comunicación modernas y la nueva tecnología de la información.”³²

A) Redes de interacción global

En una de sus dimensiones, la mundialización (como fenómeno multidimensional y polifacético) ha generado una red mundial de conexiones espaciales y de interdependencias funcionales, que pone en mutuo contacto a un número creciente de actores sociales, antes

³⁰ GIDDENS, A., *Las consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, cit. Zolo, *Globalización. Un mapa de los problemas*, op. cit. p. 19.

³¹ HELD, David, *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Trad. Sebastián Mazzuca, Paidós, Barcelona, España, 1997, p. 42; y del mismo autor, “¿Hay que regular la Globalización? La reinención de la política”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 33.

³² HELD, *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, op. cit., p. 43.

desvinculados por las distancias geográficas o las barreras cognitivas y sociales de distinto tipo.³³

Al respecto, Ulrich Beck distingue, por un lado, entre *globalismo* (como la ideología del dominio del mercado mundial o (neo)liberalismo, que sitúa a las empresas transnacionales como actores principales del proceso, con una evidente disminución de las facultades estatales y de la autonomía nacional e individual)³⁴ y, por el otro, *globalidad* (sinónimo de mundialización, como descripción de un fenómeno marcado por el pluralismo sin unidad en una “sociedad mundial” marcada por el eje local-global, esto es, como el escenario de “la totalidad de las relaciones sociales que no están integradas en la política del Estado nacional ni están determinadas [ni son determinables] a través de ésta” y en cuanto tal como un proceso irreversible)³⁵ y *globalización* (como un proceso que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas, un proceso cuya singularidad radica actualmente –y radicará sin duda también en el futuro– en la ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las interconexiones transnacionales en los planos cultural, político, económico, militar y económico).³⁶

33 ZOLO, *Globalización. Un mapa de los problemas*, op. cit., p. 19.

34 Cfr. BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Piados, Barcelona, España, 1998, p. 27. Véase también: MORENO, Isidro, “Mundialización, Globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”; TOSCANO, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la Globalización”; REVELLI, Marco, “La ideología de la globalización y su realidad”, todos en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003 y TOURAINE, Alain, “La globalización como ideología”, *El País*, 29 de septiembre de 1996, p. 17.

35 Proceso caracterizado por: a) el ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales; b) la revolución permanente en el terreno de la información y las tecnologías de la comunicación; c) la exigencia universalmente aceptada de respetar los derechos humanos, expresada también en el principio de la democracia; d) las corrientes icónicas de las industrias globales de la cultura; e) la política mundial posinternacional y policéntrica: junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales (multinacionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales como Naciones Unidas, etc.); f) el problema de la pobreza global; g) el problema de los daños y atentados ecológicos globales; y, h) el problema de los conflictos transculturales en un lugar concreto. BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, op. cit., pp. 29-30.

36 Cfr. BECK, *¿Qué es la globalización?* op. cit., p. 31-40. De esta forma, Beck identifica distintas dimensiones de la globalización, a saber: las dimensiones de las técnicas de comunicación o globalización informática, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de la cooperación y organización del trabajo

En términos generales, la globalización multiplica las conexiones y relaciones entre Estados y sociedades, de forma tal que en las últimas décadas las interacciones transnacionales han sufrido una dramática intensificación, que va desde la globalización de sistemas productivos y transacciones financieras, hasta la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación y el desplazamiento masivo de personas, como turistas, trabajadores emigrantes o refugiados.³⁷

Por ello, conviene tener presente que cuando se habla de globalización o mundialización, en sentido amplio (globalismo, globalidad y globalización), se está haciendo referencia a una serie de procesos culturales marcados por dos tendencias principales: una de expansión y otra de fragmentación, de ahí que se hable también de un proceso de globalización y otro de localización o “glocalización”.³⁸

B) El proceso global como un proceso desigual

Tal proceso, no es, en modo alguno, uniforme. Como destaca Zygmunt Bauman, “la globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo”.³⁹ Así, la globalización es un fenómeno polifacético con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas, combinadas de las maneras más complejas. Por ello lo que normalmente se denomina globalización en realidad esconde un conjunto de relaciones sociales complejo y plural que impide hablar sólo de una única globalización ya que, como apunta Boaventura de Sousa Santos, existen diversas globalizaciones que difícilmente pueden presentarse

respecto a la producción, las culturales, las de la sociedad civil y, agregamos nosotros, la humanitaria o democrática.

³⁷ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en GÓMEZ ISA, Felipe y PUREZA, José Manuel, (Eds.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, España, 2003, p. 37.

³⁸ Cfr. ROBERSTON, R “Globalization”, Londres, 1995, cit. en BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, op. cit., p. 79. Véanse también: MORENO, Isidro, “Mundialización, Globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, cit., p. 72; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *La Globalización Ilustrada...*, op. cit., p. 28 y ss; COROMINAS, Jordi, “La Globalización desde una perspectiva cultural. Diversidad de culturas, igualdad de derechos” en FORNET-BETANCOURT, Raúl, (Ed.) *Resistencia y Solidaridad. Globalización capitalista y liberación*, Editorial Trotta, España, 2003, p. 43.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt, *La Globalización. Consecuencias Humanas*, 2 ed., Trad. Daniel Zadunaisky, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 9.

como neutrales en tanto generan, en el conjunto de relaciones sociales, situaciones de conflicto donde forzosamente hay ganadores y perdedores, pues se trata de un proceso selectivo y dispar que no obstante sus tensiones y contradicciones no es anárquico, sino que reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas.⁴⁰ Por ello, afirma el profesor de Coimbra, no existe un “globalismo genuino” sino que, dadas las condiciones del sistema mundial, el globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado.⁴¹

Sobre esta base, Santos distingue cuatro formas de globalización que pueden aplicarse a fenómenos diferentes pero también pueden reflejar dos dimensiones diversas de los mismos fenómenos. La primera forma de globalización la denomina *localismo globalizado* y consiste “en el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito”; la segunda, *globalismo localizado*, consiste “en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”. De acuerdo con el profesor Santos la división internacional del globalismo hace que los países centrales se especialicen en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados. En una suerte de relación entre “exportadores de globalidad” e “importadores de los efectos de la globalidad” las más de las veces transformadores del entorno local.

La tercera y cuarta formas de globalización, aunque conectados con los fenómenos anteriores, no pueden ser caracterizados como localismos globalizados o globalismos localizados sino que dada la complejidad de la organización del sistema mundial y de la intensificación de las interacciones globales se manifiestan en dos procesos distintos; el denominado *cosmopolitismo* y la problemática centrada en lo que Santos denomina *herencia común de la humanidad*.⁴²

⁴⁰Cfr. SANTOS, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” *op. cit.*, p. 98.

⁴¹ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho. Nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Trad. César Rodríguez, 1ª ed., 2ª reimp., ILSA-Universidad de Colombia, 2002, pp. 39, 56

⁴² En la práctica internacional se considera más adecuado hablar de “patrimonio común de la humanidad”. Cfr. PUREZA, José Manuel, *El Patrimonio Común de la Humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?*, Trad. Joaquín Alcaide Fernández, Editorial Trotta, España, 2002.

El proceso de *cosmopolitismo* se refiere a la constitución de redes de interrelaciones transnacionales en defensa de intereses percibidos como comunes que utilizan los medios creados por el sistema mundial. Tales organizaciones busca contrarrestar “los efectos dañinos de las formas hegemónicas de globalización y se desarrolla a partir de la conciencia de las nuevas oportunidades de creatividad y solidaridad transnacionales, creadas por la intensificación de las interrelaciones globales.”

Por otra parte, con el término *herencia común de la humanidad* el profesor Santos identifica la serie de problemas que, por su naturaleza, “son tan globales como el globo mismo” y que generan junto con el *cosmopolitismo* una acción transnacional alternativa a los globalismos asimétricos a través de un discurso emancipador que hace énfasis “en el poder democrático (derechos humanos, derechos colectivos o de grupo, democracia participativa), la autonomía institucional y la igualdad, la identidad cultural, la expansión de la libertad contra el autoritarismo estatal o la dominación cultural masiva.”⁴³

Tales fenómenos culturales implican la transformación sustantiva de muchos ámbitos tradicionales, tanto ideológicos como materiales, a nivel nacional, regional y mundial. Cuestiones como el principio de soberanía estatal, el régimen democrático, la identidad cultural, la conservación del medio ambiente, entre otras muchas, se han visto envueltas en la esfera de la globalidad y en ocasiones transformadas por ella.

Como resulta evidente, la globalización no tiene lugar sólo entre Estados, es un fenómeno que los invade directamente, que –como destaca Zolo– tiene efectos también en el interior de los mismos y que pueden ser alentados o contrarrestados por ellos, tanto práctica como normativamente, dado que los procesos de globalización “van acompañados de una gradual transformación no sólo de las estructuras de la política, sino también de los apartados normativos, ante todo del derecho internacional”⁴⁴

Esta serie de cambios y transformaciones en la forma de interactuar de los diferentes actores sociales va a repercutir también en el ámbito de lo jurídico y particularmente en el quehacer judicial. Si consideramos el carácter discursivo del ordenamiento jurídico y la necesaria labor de interpretación judicial, que requiere forzosamente de la expresión de argumentos y razonamientos coherentes con los valores que ilustran el sistema jurídico (que

⁴³ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho...*, cit., pp. 57 y ss.

⁴⁴ ZOLO, *Globalización. Un mapa de los problemas*, op. cit., pp. 21 y 105.

difícilmente pueden entenderse como exclusivos), el creciente incremento en la comunicación y en la interacción de los actores judiciales hace que la labor judicial se vea cada vez más influida por hechos y acontecimientos jurídicos que tienen lugar en otros foros; al tiempo en que las resoluciones locales pueden tener importantes repercusiones globales.

Por ello conviene retener algunas de las razones que hacen irreversible el proceso de la globalización y que forman parte del contexto en que los jueces nacionales aplican el derecho internacional:

1. La creciente densidad del intercambio internacional;
2. El avance sin precedentes en los procesos de información y las nuevas tecnologías de la comunicación (principalmente la *internet*);
3. La exigencia universalmente “aceptada” –al menos normativamente– de respetar los derechos humanos y el régimen democrático como forma legítima de gobierno; y
4. La interrelación cada vez mayor entre actores nacionales con actores transnacionales no estatales, en especial con las organizaciones y organismos internacionales.

Estas circunstancias hacen que los jueces actúen, deban actuar o puedan actuar, en un contexto mucho más amplio y con mayores posibilidades que en el reducido espacio de lo “nacional”.

1.3. El impacto de la Globalización en la acción Estatal y en los actores intra-estatales.

Hasta hace relativamente poco, el escenario social, político, económico y cultural en que se desarrollaba la mayoría de las relaciones humanas se identificaba con el ámbito espacio-temporal del Estado-nación, con su poder regulador de la vida social y con la relativa independencia y autonomía en la toma de decisiones oficiales denominadas por ello “soberanas”. En la actualidad, sin embargo, existe un escenario abierto que en muchas áreas de la actividad humana va más allá de las fronteras nacionales y que rebasa la capacidad reguladora de la maquinaria estatal.

Los actores sociales también se han diversificado, han cambiado su dinámica de operación o la han expandido. Los gobiernos se ven desafiados por nuevas amenazas que por sí mismos no pueden solucionar y se sienten observados tanto por otros gobiernos

como por la comunidad internacional a través de diferentes agencias internacionales y ONG's. La multiplicación de reivindicaciones desde órdenes jurídicos de naturaleza supranacional relativiza el papel del Estado-nación, uno de cuyos principales rasgos característicos es la territorialidad, entendida como unidad privilegiada de interacción social.⁴⁵

En su doble influencia hacia el exterior y hacia el interior, la globalización, paradójicamente, genera no sólo nuevas prácticas supranacionales, sino también “efectos disgregadores hacia dentro de cada Estado nacional.”⁴⁶ Siguiendo al profesor Santos, el fenómeno de la globalización conlleva el redimensionamiento de los aspectos espacio-temporales, locales y transnacionales o globales, y sus interrelaciones. Por ello, la complejidad del fenómeno de la globalización tiene un impacto pluridimensional, tanto en la organización de las comunidades estatales como en la comunidad internacional.⁴⁷

Esto influye decisivamente en la distribución de competencias tanto al exterior como al interior de los Estados. Al respecto, generalmente se sostiene que la intensificación del proceso de globalización disminuye las competencias de los Estados, sin embargo, como apunta Held, si bien este proceso está transformando el poder del Estado y la naturaleza de la comunidad política, hablar de una simple disminución o pérdida de competencias nacionales distorsiona lo ocurrido, pues fueron los Estados y las autoridades públicas los que iniciaron muchos de estos cambios fundamentales.⁴⁸

Lo anterior no significa negar la influencia de las fuerzas geopolíticas y económicas y su impacto en la vida nacional e internacional. Las diferentes disyuntivas externas del proceso de globalización que impactan la actividad de los Estados revelan un conjunto de fuerzas que se combinan para restringir la libertad de acción y autonomía de los gobiernos y los Estados, transformando las condiciones del proceso de toma de decisiones políticas, modificando el marco legal y las prácticas administrativas de los gobiernos, y oscureciendo las líneas de responsabilidad y *accountability* de los mismos Estados-nación.⁴⁹

⁴⁵ Cfr. FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Trad. Carlos Lema Añón, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 14-15.

⁴⁶ CARBONELL, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho*. *op. cit.*, p. 30.

⁴⁸ HELD, “¿Hay que regular la Globalización?”, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁹ Por tanto, “todas las concepciones que interpreten a la soberanía como una forma de poder público ilimitado e indivisible –materializado canónicamente en los Estados-nación individuales– resultan obsoletas.

La modificación en el ejercicio de competencias tradicionalmente concebidas dentro del ámbito estatal se manifiesta en distintos aspectos que alteran la dinámica de los propios sistemas políticos nacionales. El impacto o la influencia de la globalización en la acción estatal se manifiesta, por un lado, en la pérdida de centralidad y exclusividad de muchas de sus funciones y potestades.⁵⁰ En este sentido, Santos señala:

Además del descentramiento del Estado en la vida social, existe una tendencia concurrente hacia una heterogeneidad interna aún mayor de la acción estatal. No sólo se trata de que diferentes sectores de la actividad estatal se estén desarrollando con ritmos diferentes y en ocasiones en direcciones opuestas, sino también de que hay disyuntivas e inconsistencias en la acción estatal, y esto llega hasta un punto tal que no se puede distinguir ningún patrón coherente de acción estatal [...] Estamos siendo testigos tanto de un descentramiento del Estado como de la explosión de la unidad de la acción estatal y de su derecho, y del surgimiento consecuente de diferentes modos de juridicidad, cada uno de los cuales está anclado políticamente en un microestado.⁵¹

Desde esta perspectiva el Estado se convierte en una configuración de “microestados” o “micropoderes” manifiesta en la heterogeneidad de la base social y cultural de cada unidad estatal.⁵²

La unidad del Estado, principio básico de la responsabilidad internacional, se enfrente ahora a una dinámica mucho más compleja que en el pasado. Si antes la actuación de los agentes estatales podía decirse seguía una misma lógica o incluso una misma “razón de Estado”; en la actualidad, cada vez más el Gobierno central se enfrenta ante una pluralidad de actores intra-estatales que, si bien son considerados como órganos del Estado para efecto de su responsabilidad, mantienen una determinada independencia y autonomía.

La soberanía tiene que ser concebida hoy en día como una facultad dividida entre múltiples agencias – nacionales, regionales e internacionales– y limitada por la naturaleza misma de la pluralidad.” Cfr. HELD, *La Democracia y el Orden Global*, cit., p. 169. Para Held el aspecto interno (soberanía popular) y el externo de la soberanía (soberanía estatal) deben distinguirse de la “autonomía estatal” o la capacidad de las agencias del Estado para poner en marcha sus preferencias políticas sin recurrir a ninguna forma de colaboración o cooperación internacional.” p. 130, 182.

⁵⁰ Cfr. FARIA, *El Derecho en la Economía Globalizada*, op. cit., p. 29.

⁵¹ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho...*, op. cit., p. 30.

⁵² No es nuestra intención desarrollar este argumento sociológico en perspectiva jurídica, desde la perspectiva del pluralismo jurídico o la antropología jurídica, sino retener la idea del fraccionamiento y la diferenciación de la actividad interestatal más allá de la clásica división de poderes o funciones, pues ello tendrá relevancia cuando se hable del nuevo papel de los jueces nacionales y del principio de complementariedad del DIDH. Para una amplia discusión sobre la fragmentación del poder al interior de los Estados y el auge de las autonomías, véase: SKURBATY, Zelim, (ed.) *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.

Por ello, no debiera identificarse necesariamente la “voluntad” de un Estado con la ideología de su gobierno.

En el ámbito del DI este fenómeno se refleja y se hace más problemático respecto de su aplicación en los Estados federales así como también en aquellos casos en que actúan órganos o agentes del Estados que dada su naturaleza gozan de un mayor o menos grado de independencia y autonomía respecto del gobierno estatal (p.e. provincias, cantones, comunidades autónomas, estados federados, así como también respecto de los parlamentos y, particularmente, del Poder Judicial).⁵³ Al respecto Rosalyn Higgins apunta:

*It is still the case that most international courts and quasi judicial bodies can deal only with ‘states’. But the acts that states perform, that may engage their international responsibility, are in fact performed by a multitude of state organs. Sometimes, indeed, different organs within a state speak with different voices on matters that have international implications. And sometimes, of course, compliance with the findings of international tribunals is made the more difficult exactly because while ‘the state’ carries the international obligation to comply, the necessary action to achieve that must internally be performed by organs of state over whom ‘the state’ may not have constitutional control.*⁵⁴

La compleja realidad del mundo globalizado hace necesario mirar con más atención al interior de los Estados y al exterior de los mismos, mirar cómo se desarrollan en la práctica las relaciones internacionales entre gobiernos y entre entidades autónomas (poder legislativo, poder judicial, etc.), observar la compleja interacción entre los actores internacionales e intra-estatales.

Ello, nos permite descubrir –como sugiere Anne-Marie Slaughter– las complejas redes de gobierno (*government networks*) que hacen posible la operatividad de los sistemas nacionales e internacional.⁵⁵ Desde esta óptica disgregacionista es posible identificar un “orden o desorden mundial” mucho más complejo y descentralizado, pero a la vez más comunicado y cada vez mejor informado, con mejores capacidades para resolver muchos de

⁵³ Cfr. DULITZKY, Ariel, “Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI-2006, pp. 199-249.

⁵⁴ HIGGINS, Rosalyn, “The concept of ‘the State’: variable geometry and dualist perceptions” en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/ L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 547.

⁵⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, p. 5.

los problemas globales, y renuente a las posiciones reduccionistas que todo unifican y mucho esconden. La visión de una sociedad internacional que opera a través de redes de gobernabilidad donde participan actores estatales e intraestatales, al igual que organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, nos lleva necesariamente a reevaluar la forma en que ejercen el poder los órganos del Estado tradicionalmente identificados (y muchas veces también ignorados) con y por los gobiernos.

La globalización estimula nuevas estrategias de ejercicio del poder público. Como señala Held, las comunidades políticas “están engranadas en una serie de procesos y estructuras que se configuran dentro y entre ellas, ligándolas y fragmentándolas en constelaciones complejas.”⁵⁶ Una de esas constelaciones es la que se configura a partir de la expansión del poder judicial y una de las áreas de especial interconexión entre los diferentes Estados y regiones es la protección a los derechos humanos.

Tal reconsideración suele plantearse generalmente desde dos perspectivas: una que aboga por la instauración de un régimen global de democracia cosmopolita tanto en el ámbito nacional como internacional⁵⁷ y otra que, dada la dificultad de una reforma radical del sistema mundial, aboga por la rehabilitación de los mecanismos constitucionales estatales en coincidencia con la dinámica internacional de universalización de ciertos principios fundamentales como el régimen democrático y la protección de los derechos fundamentales.⁵⁸

⁵⁶ HELD, “¿Hay que regular la Globalización?, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁷ En opinión del profesor Held, tal reconsideración y redefinición de las instituciones públicas pasa por la construcción de un “proyecto cosmopolita” que propone replantear la democracia en un “proceso de dos vertientes” o de “doble democratización”. Esto es, “la profundización de la democracia dentro de una comunidad nacional, que implica la democratización de los Estados y las sociedades civiles [...] unido a la extensión de formas y procesos democráticos por encima de los límites territoriales.” *Cfr.* HELD, “¿Hay que regular la Globalización?, *op. cit.*, p. 43-44. Véase también del mismo autor véase “Los principios del orden cosmopolita” en ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M. (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, IVR 2005, Granada, España, Mayo, 2005, pp. 127-144 y en el mismo texto HABERMAS, Jürgen, “¿Es aún posible el proyecto Kantiano de la constitucionalización internacional?, pp. 101-113.

⁵⁸ Desde esta perspectiva la ampliación a nivel planetario de un modelo de democracia cosmopolita encuentra fuertes críticas a partir no sólo de su posibilidad histórica sino también de su propio fundamento. *Cfr.* VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 170, 172 y MARTÍNEZ DE BRINGAS,

Para efectos del presente estudio se destaca que ambas propuestas, a pesar de sus diferencias, coinciden en el reforzamiento de los mecanismos nacionales de garantía de los derechos humanos, al tiempo que promueven una consolidación de las instituciones internacionales encargadas de la supervisión de los compromisos estatales, y por cuanto hace a su dimensión subjetiva, no se contraponen, considerando que el ejercicio de las funciones estatales admite que los agentes operen a partir de un pensamiento cosmopolita y posibilista. De cualquier forma ambas propuestas son complementarias y no se excluyen entre sí. En cualquier caso el reforzamiento de las garantías nacionales desde una óptica global es indispensable.⁵⁹

En este sentido, tanto desde la perspectiva cosmopolita como desde la perspectiva del constitucionalismo, las normas de protección internacional de los derechos humanos que conforman “el lado humano de DI” pueden servir, ya sea como marco “incipiente” del derecho cosmopolita o como parámetro de apertura del derecho constitucional. En cualquier caso, es preciso llevar a la práctica la aplicación efectiva de estos principios humanitarios a fin de contrarrestar los efectos nocivos del proceso de globalización.⁶⁰ Para ello, es preciso no erosionar el sistema de garantías existente en el ámbito estatal sino fortalecerlo tanto en su aspecto institucional como humano.

Desde esta perspectiva complementaria de recomposición de la estatalidad en el mundo globalizado, podemos destacar aquellas que buscan la expansión de la capacidad del Estado en aquellas áreas que benefician directamente a la ciudadanía como es el ámbito de la administración de justicia; por ser el Poder judicial el encargado de resolver los conflictos derivados de las relaciones gobierno-sociedad e inter-sociales. De ahí que pueden considerarse a los jueces como actores intermedios entre el gobierno y la sociedad en tanto garantes de los derechos fundamentales, cobrando especial interés la aplicación

Asier, *Globalización y Derechos Humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 15, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2001, pp. 46 y ss.

⁵⁹ Ello no debe llevar a considerar la reforma del sistema de Naciones Unidas como imposible, pues como señala Richard Falk “lo imposible sucede y lo hace porque hombres y mujeres entregados hacen lo imposible para conseguir que suceda.” FALK, R., *La Globalización Depredadora...*, op. cit., p. 166.

⁶⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS-Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos. Informe preliminar presentado por J. Oloka-Onyango y Deepika Udagama, de conformidad con la resolución 1999/8 de la Subcomisión*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 de junio de 2000, párrs. 49 y 50.

judicial efectiva del DIDH como una forma de reforzamiento del sistema nacional de garantías frente a una globalización económica corrosiva de las instituciones políticas nacionales.⁶¹ Dicho reforzamiento se motiva cuando se concibe la dinámica nacional como parte de una dinámica más amplia, dentro de un proceso de globalización de principios y valores comunes que se manifiestan en instrumentos internacionales con pretensión de universalidad y en redes de interrelación regional y global.

Lo anterior es congruente con el reconocimiento de una *nueva dimensión global* del DI que implica una mayor interrelación entre agentes no estatales e inter-estatales con ciertas instancias internacionales (*shared governance*), en particular con algunos de los órganos de Naciones Unidas, así como con los tribunales internacionales y supranacionales regionales, a partir de una situación de supervisión de las actividades estatales, con base en los principios básicos de la comunidad internacionales.⁶²

1.4. La Dimensión Jurídica de la Globalización

La globalización del derecho es una forma específica de globalización manifiesta en la reciente proliferación de normas e instituciones jurídicas que trascienden el ámbito nacional.⁶³ Dicho fenómeno no es totalmente nuevo pero presenta en la actualidad una mayor complejidad e intensidad en su expansión; no es un fenómeno uniforme y cada una de sus manifestaciones está condicionada por diferentes factores, tales como, la posición

61 Sobre el papel de las empresas y las cortes nacionales en la protección de los derechos humanos véase: HOOFF, Fried van, “International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?” en CASTERMANS-HOLLEMAN, Monique, *et al*, (eds.), *The Role of Nation-State in the 21st Century, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Meter Baehr*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, pp. 47 y ss.

62 Como lo destaca Giuliana Ziccardi, la dimensión global del derecho internacional se caracteriza por su verticalidad, legalidad, integración y garantía colectiva. Cfr. ZICCARDI, G., “A New Dimension of International Law: The Global Law” (Editor’s introduction), y “The Law of the Global Community: An Integrated System to Enforce ‘Public’ International Law” ambos en *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, Vol. I, 2005, pp. xvi-xxx, y 71-120.

63 Cfr., entre otros, TWINING, William, *Globalisation and legal theory*, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000 (existe versión reducida en castellano *Derecho y Globalización*, Trad. Óscar Guardiola-Rivera, et al, Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre editores, Colombia, 2003); CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003; RAMÍREZ Cleves, Gonzalo (ed.), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007; ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M. (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, IVR 2005, Granada, España, Mayo, 2005.

del país en la jerarquía del sistema mundial, el desarrollo histórico-jurídico y la tradición jurídico-cultural.⁶⁴

Como destaca Sabino Cassese, el sistema mundial no tiene una Constitución, ni un gobierno; no tiene un modelo político estable ni un documento constitucional en sentido estricto, pero existe, sin embargo, una comunidad o sociedad internacional en la que están presentes los tres elementos de los ordenamientos jurídicos (pluralidad de sujetos, organización y normativa) y se sostiene, no por una autoridad superior, sino a partir de las distintas formas de cooperación e integración entre los sujetos participantes, con las ventajas y desventajas que ello supone, considerando su carácter fragmentado, asimétrico, sin una clara distribución de funciones y con una estructura orgánica muy diversa, cuya principal legitimidad está basada en el Derecho. Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico global (y, por ende, el espacio jurídico global) está compuesto por normas de origen diverso –internacional, supranacional y nacional– que interactúan en diferentes ámbitos, entre ellos, el relativo a la resolución de controversias y que establecen órganos facultados para emitir normas (*judge made law*) que en buena medida son respetadas, ya sea en las relaciones internacionales ya sea en los Estados, porque, en general, “toda la comunidad se adhiere a los principios del *due process of law*”.⁶⁵

El origen de este proceso de globalización jurídica es diverso, y si bien en la mayoría de los casos se identifica un origen económico-financiero, lo cierto es que también existen desarrollos normativos distintos y a veces opuestos. Así, el proceso de globalización responde a intereses diversos y atiende a distintas finalidades, de ahí que también su interpretación responda a diferentes perspectivas de análisis y genere diferente *praxis social*.⁶⁶ De esta forma, cuando se habla de la globalización del derecho se destaca, entre los diferentes ámbitos del espectro jurídico, aquel que propone una visión humanista o

⁶⁴ Cfr. SANTOS, *Sociología Jurídicas Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, Editorial Trotta-ILSA, Madrid, 2009, p. 321 y *La Globalización del Derecho*, op. cit., pp. 15, 69 y ss.

⁶⁵ CASSESE, Sabino, “El espacio jurídico global”, en *La globalización Jurídica*, INAP-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 17-27.

⁶⁶ Como destaca Santos, existen, al menos, dos interpretaciones del fenómeno, las paradigmáticas y las subparadigmáticas. Las primeras, son propias de una audiencia transformativa, las segundas de una adaptativa, aunque algunos actores participan en ambas y ambas generan distintas prácticas sociales (*praxis social*) o una combinación de ellas. SANTOS, B., *Sociología Jurídicas Crítica*, op. cit., pp. 305-307.

humanitaria de la sociedad mundial en la que el respeto de todos los derechos humanos tienen una función emancipatoria.⁶⁷

De esta forma, el “humanismo global” (“*global humanism*”, como algunos lo denominan) se opone a la perspectiva “realista” de las relaciones internacionales, que sitúa los intereses del Estado o los actores privados como eje de la actividad política. Este “nuevo humanismo”, heredero del pensamiento ilustrado y del idealismo clásico, es a la vez un “nuevo realismo” que mira la otra cara de la realidad política al establecer como centro de su análisis los intereses y las necesidades de los seres humanos, y proponer un acercamiento a la realidad desde la perspectiva de los derechos y las necesidades de la gente y las realidades del planeta. A diferencia de aquellos que destacan el rostro egoísta y depredador del ser humano desde la perspectiva de los detentadores del poder, este nuevo “humanismo global” mira el rostro creativo, solidario y cooperativo de la gente común, del ciudadano ordinario preocupado por las cuestiones de la vida pública. En palabras de Robert Charlick, “*global humanism is an explicitly normative approach, based on the idea that humans have potential for good, that they can cooperate and jointly address the problems that they and other species confront on this planet, and that they can and should strive for a sustainable future that integrates the material and spiritual needs.*”⁶⁸

Al respecto, como afirma Santos, “la globalización no debe ser comparada con la homogeneización, la uniformidad o la unificación” pues en ella y a través de ella es posible generar espacios de pluralidad.⁶⁹ En la misma línea, Richard Falk considera que en el seno

⁶⁷ Cfr. FARIÑAS Dulce, María José, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 34. Santos identifica entre los diferentes campos de globalización jurídica: a) la transnacionalización de la regulación del Estado-nación; b) el derecho de la integración regional; c) el resurgimiento de la *lex mercatoria*; d) el derecho de las personas que atraviesan fronteras; e) el derecho de los pueblos indígenas; f) el cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos; g) el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común. SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, op. cit., p. 329.

⁶⁸ Cfr. CHARLICK, Robert, “Human Rights and the Future of International Politics: ‘Realism’ and Global Humanism”, en David Barnhizer (ed.) *Effective Strategies for Protecting Human Rights*, Ashgate, USA, 2001, pp. 95-100.

⁶⁹ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho*, op. cit., p. 16. En este mismo sentido Jordi Corominas considera que la conformación de una única sociedad mundial “no significa homogeneización, como se suele imaginar cuando se piensa en ésta en términos de cultura o de sentido, sino que, precisamente, implica un agudo incremento de la estratificación y diversificación social. La globalización y la estratificación y agudización de la diferenciación social son dos caras de la misma moneda.” Cfr. COROMINAS, Jordi, “La Globalización desde una perspectiva cultural. Diversidad de culturas, igualdad de derechos” en FORNET-BETANCOURT, Raúl, (Ed.) *Resistencia y Solidaridad. Globalización capitalista y liberación*, Editorial Trotta, España, 2003, p. 48.

de la globalización existe el potencial para la instauración de una gobernabilidad humana, pero sólo si se activa mediante la movilización de diversas fuerzas democráticas.⁷⁰ Tal es el caso del desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos que ha generado espacios comunes de diálogo entre actores estatales y no estatales, en particular ONG's dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos cuya labor e influencia en el desarrollo, creación y aplicación del DIDH es, aunque limitado, evidente. Así también lo afirma David Held, al señalar que los derechos humanos evidencian el surgimiento de una nueva "perspectiva global"⁷¹, una respuesta a las nuevas formas de opresión, discriminación y desigualdad, un nuevo entendimiento (transnacional) del sufrimiento humano.⁷²

No obstante, no se trata de caer irreflexivamente en el discurso de la globalidad, del derecho cosmopolita y del universalismo normativo. No se pretende promover un "globalismo jurídico" que suponga una legislación universal (por uniforme) –una especie de *lex mundialis* válida *erga omnes*, como destaca críticamente Danilo Zolo– sobre la base de una homologación gradual de las diferentes políticas y culturas, más allá de las costumbres y de las tradiciones normativas nacionales, lo que implicaría riesgos evidentes al pluralismo jurídico y cultural y puede ser terreno fértil para los unilateralismos. Se trata de destacar los aspectos positivos de los fenómenos de "interrelación y acercamiento global", particularmente los efectos que generan al interior de las sociedades nacionales, considerando que, como destaca el mismo Zolo, parece poco realista pensar que la tutela de las libertades fundamentales pueda estar garantizada coactivamente en el ámbito internacional a favor de los ciudadanos de un Estado, si esta tutela no está garantizada antes que nada por las instituciones democráticas internas.⁷³

De ahí que aquí se prefiera hablar de cosmopolitismo jurídico y constitucionalismo global, a partir de una dimensión reflexiva de la cooperación internacional y de las interrelaciones funcionales de los sujetos y actores sociales, en particular de los jueces nacionales. No se trata sólo de reforzar las instituciones internacionales, sino de dar sentido a la cooperación internacional, a partir de una valoración positiva del papel que pueden

⁷⁰ Cfr. FALK, *La Globalización Depredadora*, op. cit., p. 244.

⁷¹ HELD, *La Democracia y el orden global*, op. cit., p. 157

⁷² Cfr. SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, op. cit., p. 410.

⁷³ ZOLO, *Globalización. Un mapa de los problemas*, op. cit., pp. 121-126.

desempeñar los agentes estatales en la escena internacional y en la importancia de la construcción de una noción de “orden público internacional”, a partir de la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, pero también de la importancia del pluralismo jurídico y cultural.

En este sentido, la red o *matrix* jurídica, que ha sido identificada también con un proceso de constitucionalización del derecho internacional, como una consecuencia de los procesos de mundialización y fragmentación (tema al que volveremos más adelante),⁷⁴ debe analizarse en sus características y posibilidades desde una perspectiva funcional más que conceptual, esto es, a partir de identificar las normas y las instituciones que permiten la conformación de redes de relaciones y prácticas internacionales capaces de garantizar derechos y controlar estructuras de poder.⁷⁵

1.4.1. Globalización, Derechos Humanos y Pluralismo

Los diferentes rostros de la globalización tienen un impacto específico en el ámbito de los derechos humanos, tanto respecto a los efectos nocivos que produce como respecto de las posibilidades institucionales y normativas para su protección. Al respecto, en los últimos años, tanto la Asamblea General de Naciones Unidas como la antigua Comisión de Derechos Humanos (sustituida en la actualidad por el Consejo de Derechos Humanos), se han referido a la mundialización y sus consecuencias sobre el pleno disfrute de todos los derechos humanos.⁷⁶

⁷⁴ Sobre este tema véase el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.702 de 18 de julio de 2006 y A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006.

⁷⁵ Cfr. DUNOFF, Jeffrey L. y TRACHTMAN, Joel, “A Functional Approach to International Constitutionalization” en DUNOFF, J. y TRACHTMAN, J., (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, U.S.A., 2009, pp. 3-35.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, de la Asamblea General las resoluciones 55/102; 56/165; 57/205; 58/193; 58/225; 59/184 y las resoluciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos 1999/59, 2001/32, 2002/28, 2003/23; 2004/24; 2005/17. Véase también el Informe Final de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos: “Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights, Final Report, UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights”, 25 June 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/14; así como los informes anteriores de los Relatores Especiales J. Oloka-Onyango y Deepika Udagama sobre el tema: UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/10, 2 August 2001.

En sus diferentes resoluciones en la materia, la anterior Comisión afirmó que, si bien la globalización ofrece grandes oportunidades, sus beneficios están compartidos actualmente de forma muy desigual y los costos están distribuidos desigualmente. Asimismo, afirmó que los países en desarrollo tropiezan con dificultades para responder a dicho reto y advirtió que la mundialización afecta a todos los países de manera diferente y los hace más susceptibles a los acontecimientos externos, positivos o negativos, incluso en la esfera de los derechos humanos. Reconoció también que la mundialización no es simplemente un proceso económico sino que tiene también dimensiones sociales, políticas, ambientales, culturales y jurídicas que repercuten en el pleno disfrute de todos los derechos humanos y, en consecuencia, que dicho proceso debe ser guiado por los principios fundamentales subyacentes en el *corpus* de los derechos humanos, tales como, equidad, participación, rendición de cuentas y no discriminación, tanto a nivel nacional como internacional, respeto a la diversidad, tolerancia, y cooperación y solidaridad internacional. La Comisión reconoció también que si bien la globalización, por sus repercusiones en la función del Estado, puede afectar, entre otras cosas, a los derechos humanos, la promoción y protección de tales derechos es, ante todo, responsabilidad del Estado y reafirmó que adicionalmente a la responsabilidad individual de cada Estado existe una responsabilidad colectiva de todos los Estados de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial como un elemento esencial para construir y delimitar una fundamentación ética de la globalización. En el mismo sentido, diferentes autores han escrito sobre la influencia del proceso de globalización en la protección de los derechos humanos.⁷⁷

En cualquier caso, no debe perderse de vista que, no obstante su amplio consenso y reconocimiento internacional, la complejidad de los derechos humanos y los diferentes usos

⁷⁷ Al respecto véase, entre otros: BRYSK, Alison (ed.), *Globalization and Human Rights*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 2002; COICAUD, Jean-Marc, DOYLE, Michael, GARNER, Anne-Marie (eds.), *The globalization of human rights*, United Nations University Press, Tokyo-New York-Paris, 2003; DELMAS-MARTY, Mireille, *Global Law. A Triple Challenge*, Transnational Publishers, USA, 2003; DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-III, México, 2003; GIBNEY, Matthew, (ed.) *La Globalización de los Derechos Humanos*, Crítica, Barcelona, España, 2003; KADRAGIC, Alma, *Globalization and Human Rights*, Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2006; MARTÍNEZ de Bringas, Asier, *Globalización y Derechos Humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 15, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2001; MONSHIPOURI, Mahmood, ENGLEHART, Neil, NATHAN, Andrew, PHILIP, Kavita (eds.), *Constructing Human Rights in The Age of Globalization*, M.E. Sharpe, Armonk, New York-London, England, 2003.

del discurso jurídico hacen posible que sean concebidos tanto como forma de *localismo globalizado* del mundo occidental, como una forma de *cosmopolitismo* abierto a la pluralidad.⁷⁸ En el primer caso estaríamos frente a lo que Richard Falk denomina “globalización desde arriba” (*globalization-from-above*) y en el segundo en un supuesto de “globalización desde abajo” (*globalization-from-below*).⁷⁹ Ello significa que el discurso de los derechos para ser efectivo debe concebirse y emplearse como un discurso emancipador y no necesaria ni principalmente como una estrategia hegemónica.⁸⁰ Como un discurso plural y abierto y no como una retórica unidimensional.

Por ello, la tendencia de universalización de los derechos humanos no debe soslayar la cuestión de la estatalidad y del relativismo cultural. Como recuerda José Manuel Pureza, “[l]a dinámica de afirmación internacional de los derechos tropieza, aun así, con dos obstáculos importantes: Por un lado, no puede ignorarse que la estructura predominantemente interestatal de la sociedad internacional contemporánea limita la aplicación de tal estatuto internacional. Por otro lado, la heterogeneidad cultural de la sociedad internacional contemporáneo exige que nos preguntemos si la universalización de los derechos no es, al fin y al cabo, una expresión de la hegemonía occidental.”⁸¹

No debe escapar al análisis de estos temas que desde la óptica de la globalización económica o neoliberal el discurso de los derechos humanos es más la expresión de una ideología individualista que en el fondo rechaza la concepción universal e indisoluble de tales derechos que una verdadera expansión de los mismos. La universalidad e

78 SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, cit., p. 103.

79 FALK, R., *Law in An Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, op. cit., pp. 205 y 209 y ss; y *La globalización depredadora*, op. cit., pp. 187 y ss.

80 Para una revisión del uso del discurso de los derechos humanos como práctica emancipadora y su intertextualidad, véase, ESTÉVEZ, Ariadna, “Derechos humanos y sociedad civil global: un abordaje discursivo”, *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, No. 3, 2008, pp. 5-24. Por su parte, Costas Douzinas sostiene que los derechos humanos no sólo son instrumentos de hegemonía liberal (occidental) sino también “un poderoso imaginario abierto a diversas identidades, a tradiciones heterogéneas y suprimidas”. Los derechos humanos “encierran a la vez un principio de unidad y homogeneidad y su opuesto, el primero simbolizado por la forma legal y el último por las luchas de la gente”. DOUZINAS; C. *El fin de los derechos humano*, op. cit., pp. 456.

81 PUREZA, José Manuel, *El Patrimonio Común de la Humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?*, Trad. Joaquín Alcaide Fernández, Editorial Trotta, España, 2002, p. 94. Véase también CLAVERO, Bartolomé, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

indisolubilidad de los derechos humanos se ve amenazada por el reduccionismo individualista del capitalismo mundial.

Para María José Fariñas, en la globalización económica, “se consolida como global el respeto universal y formal de los derechos humanos, en cuando concepto propio de la cultura occidental, y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no representan ninguna limitación en contra del principio básico de la libertad del mercado, y que son compatibles, por tanto, con la *ideología* neoliberal del mercado global, que en la práctica representa la explotación más despiadada de los seres humanos y de la naturaleza.”⁸²

En este sentido la crítica de Susan George es contundente: “la globalización neoliberal es incompatible con la globalización de los derechos humanos”. En este contexto la palabra “globalización”, sugiere que “todos los pueblos de todas las regiones del mundo están, de algún modo, involucrados en un mismo movimiento, un fenómeno que todo lo abarca, y que marchan juntos hacia una futura tierra prometida”, lo que en verdad resulta una “trampa” que oculta la realidad de una exclusión de *facto* y una negación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, pero también de libertades civiles fundamentales como la libertad de expresión e información. En opinión de George, la competencia económica como valor más significativo de la doctrina neoliberal encubre una serie de consecuencias humanas devastadoras.⁸³

En la misma línea Richard Falk considera que la globalización neoliberal “inhibe estructuralmente la protección de los derechos económicos y sociales, de tal modo que hoy en día son relativamente inmunes al nuevo multilateralismo que, en la medida en que aborda estas cuestiones, tiende aún a poner el énfasis en los derechos políticos y civiles”.⁸⁴ En contraposición, el denominado “potencial normativo” de la globalización desde abajo pretende la neutralización de los efectos negativos de la globalización económica

⁸² Cfr. FARIÑAS Dulce, María José, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 15.

⁸³ Cfr. GEORGE, Susan, “¿Globalización de los Derechos” en GIBNEY, Matthew, (ed.) *La Globalización de los Derechos Humanos*, Crítica, Barcelona, España, 2003, pp. 23 y ss. En el mismo sentido, aunque menos crítico: MORA Molina, Juan Jesús, “Globalización económica y derechos humanos. ¿Derechos economizados?” en *Sistema*, 170, 2002, pp. 69-86.

⁸⁴ FALK, *La Globalización Depredadora*, op. cit., p. 150. Véase también el informe preliminar a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos*. Cit.

(globalización desde arriba). Es un contrapeso de crítica necesario y dialéctico que busca la configuración de una gobernabilidad mucho más humana y democrática que la que propone el modelo neoliberal.⁸⁵ La universalidad de los derechos se concibe como global pero no como absoluta, la globalización en este campo no busca homogeneizar sino reconocer la pluralidad y construir un discurso común.⁸⁶ A diferencia de la globalización económica que unifica el espacio de distribución de bienes y mercancías, la universalización de los derechos procura construir “unidades de sentido”, esto es establecer consensos y compartir significados en un discurso común.⁸⁷

El “potencial normativo de la globalización desde abajo” sugiere, en palabras de Falk, “una conceptualización de valores ampliamente compartidos del orden mundial”, entre ellos: la minimización de la violencia, la maximización del bienestar económico, la plasmación de la justicia política y social y la mejora de la calidad ambiental.⁸⁸ Desde el punto de vista emancipador del discurso de los derechos humanos, la mundialización se constituye como una alternativa a la “globalización depredadora”, siempre y cuando a la universalidad liberal tradicional se anteponga una visión abierta de los derechos humanos y una concepción universal y cosmopolita que reconozca las particularidades culturales de un mundo en constante cambio.

La “globalización desde abajo” se orienta a la integración, mientras la “globalización desde arriba” se basa en la discriminación.⁸⁹ Se habla entonces de una universalidad incluyente (“*inclusive universality*”) que tiene por objeto el efectivo respeto de los derechos humanos alrededor del mundo a través de la participación plural y democrática, y que promueve diferentes técnicas jurídicas capaces de reflejar la diversidad cultural y

⁸⁵ Cfr. FALK, R. *La Globalización Depredadora*, op. cit., p. 219; En este sentido también, JULIOS-CAMPUZANO, A., *La Globalización Ilustrada*, op. cit., p. 69.

⁸⁶ MONSHIPOURI, Mahmood, ENGLEHART, Neil, NATHAN, Andrew, PHILIP; Kavita, “Introduction. Observing Human Rights in an Age of Globalization” en MONSHIPOURI, M., et al. (eds.), *Constructing Human Rights in The Age of Globalization*, op. cit., p. xiii.

⁸⁷ Cfr. DELMAS MARTY, Mireille, *Global Law: A Triple Challenge*, op. cit., pp. 1 y ss.

⁸⁸ FALK, R., *La Globalización Depredadora*, op. cit., p. 192.

⁸⁹ Cfr. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *La Globalización Ilustrada*, op. cit., p. 32 y 76.

ampliar con ello el carácter universal del DIDH.⁹⁰ Con ello se apunta también hacia el análisis de la pretensión de universalidad de los derechos humanos.⁹¹

En principio estos derechos son universales en tanto son atribuibles a toda persona humana, independientemente del ámbito político-estatal.⁹² No obstante es preciso transitar de una “universalidad como punto de partida”, a una “universalidad como punto de llegada” referida a la búsqueda de la igualdad a partir del reconocimiento de que en la realidad existen muchas relaciones sociales desiguales que afectan particularmente a colectivos específicos (mujeres, niños, persona con discapacidades, adultos mayores, etc.) y que sólo pueden superarse a partir de medidas positivas concretas (acciones afirmativas, medidas especiales, etc.), considerando la noción de “igualdad como diferencia”, llegando así a la realización de la universalidad en los hechos, como moralidad básica de la modernidad.⁹³

⁹⁰ Cfr. BREMS, Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001, pp. 295 y ss.

⁹¹ No obstante el aparente consenso sobre la universalidad de los derechos humanos, el concepto no ha dejado de recibir críticas basadas principalmente en los denominados “relativismos” culturales o en la diversidad cultural y en el derecho a la diferencia. Ejemplo de estas críticas las podemos encontrar en los trabajos preparatorios de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Viena entre el 14 y el 25 de junio de 1993, principalmente en las Declaraciones regionales preparatorias de Túnez, Bangkok y en la Declaración del Cairo. Cfr. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I., op., cit., capítulos. III-VII; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Derechos Humanos: universalidad y relativismo cultural” en NIETO NAVIA, R. (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, C.R., 1994, pp. 209-222; VILLÁN DURÁN, Carlos, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena” y CERNA, Christina, “La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales”, ambos en Instituto Interamericano Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, Serie de Estudios de Derechos Humanos, Tomo II, San José, 1995, pp. 331-376 y 377-396.

⁹² Al respecto, se suele citar el voto disidente del juez Tanaka en los casos relativos al *África Sudoccidental* (segunda fase), formulado ante la negativa de la CIJ de conocer de las demandas de Etiopía y Liberia en contra del tratamiento de los habitantes en dicho territorio: “*The principle of the protection of human rights is derived from the concept of man as a person and his relationship with society which cannot be separated from universal human nature. The existence of human rights does not depend on the will of a State; neither internally on its law or any other legislative measure, nor internationally on treaty or custom, in which the express or tacit will of a State constitutes the essential element.*” *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 297. En general véase: TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2003 y DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights In Theory & Practice*, 2a ed., Cornell University Press, Ithaca and London, 2003.

⁹³ PECES-BARBA, Gregorio, (et. al.), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 204-210 y “La universalidad de los derechos humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editado y presentado por Rafael Nieto Navia, Corte IDH, San José, C.R., 1994, pp. 411-412.

De esta forma, frente a la idea de “universalismo excluyente” (“*universalism*”) que promueve la “uniformidad absoluta”, se postula la universalidad como premisa abierta, la “universalidad incluyente” (“*universality*”), que incorpora diferentes técnicas para el reconocimiento de la diversidad cultural existente en nuestro planeta, entre ellas, destaca la perspectiva intercultural en el análisis de las controversias jurídicas y el principio de proporcionalidad.⁹⁴

La universalidad es entonces un principio descriptivo de los derechos humanos y un principio normativo que busca orientar las conductas y transformar la “realidad objetiva”.⁹⁵ Asimismo, la universalidad, desde una perspectiva material, se relaciona con aquellos “principios comunes” entre las diferentes culturas (“*cross-cultural consensus*”) entendidos como instituciones inmersas en procesos de cambio.⁹⁶ Desde esta perspectiva, la universalidad implica no sólo un principio subyacente y trasversal distintivo de los derechos humanos, sino también un proyecto, una meta o ideal común, como lo establece el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁹⁷

94 Para Ignatieff, los derechos son universales porque definen los *intereses universales* de los débiles frente al ejercicio del poder, a efecto de que respete su autonomía como agentes (IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, op. cit., p. 89). Por tanto, la pretensión de universalidad opera como instrumento de cambio desde un punto de vista pragmático, a partir de la estandarización de principios dentro de sociedades plurales con prácticas diversas y muchas veces conflictivas, pero orientados principalmente a la situación de las víctimas, como denominadores comunes pragmáticos, más que como una síntesis sincrética de valores mundiales. De ahí que se afirme que la deliberación (construcción de consensos) es la principal base de legitimación de la universalidad y que el diálogo intercultural e intracultural es fundamental. Véase también BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores-UNAM, 2005 y HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, España, Gedisa, 2000.

95 Cfr. BREMS, Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, op. cit., pp. 341; SWEENEY, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *ICLQ* vol. 54, April 2005, pp. 459-474 y CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH de Aguascalientes, México, 2008.

96 Cfr. MARKS, Susan y CLAPHAM, Andrew, “Universality”, en *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 385-398.

97 Donde se destaca: “LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.” Al respecto véase AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, “The Universal Declaration as a Living and Evolving Common Standard of Achievement” en Barend van Der Heijden & Bahia Tahzib-Lie (eds.), *Reflections on the Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1998, pp. 45-51 y DEL TORO, Mauricio, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un*

Como recuerda el profesor Cançado Trindade, el tema de la universalidad de los derechos humanos y los “relativismos” culturales ha sido objeto de debates prolongados e inconclusos en los foros internacionales y seguramente continuará siendo centro de debate. Sin embargo, la diversidad cultural, bien entendida, no representa un obstáculo a la universalidad de los derechos humanos, del mismo modo que parece insostenible aludir a “relativismos culturales” para restringir o pretender justificar, violaciones a los derechos humanos universales. En palabras del profesor Cançado Trindade:

*A diversidade cultural há que ser vista, em perspectiva adequada, como um elemento constitutivo da própria universalidade dos direitos humanos, e não como um obstáculo a esta. Não raro a falta de informação, ou o controle – e mesmo o monopólio- da informação por poucos pode gerar dificuldades, estereótipos e preconceitos. Não é certo que as culturas sejam inteiramente impenetráveis ou herméticas. Há um denominador comum: todas revelam conhecimento da dignidade humana.*⁹⁸

De esta forma, es indispensable trascender el debate entre universalismo y relativismo cultural, como también lo propone Boaventura de Sousa Santos, quien señala:

El debate es inherentemente falso y sus conceptos polares también van en detrimento de una concepción emancipadora de los derechos humanos. Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Todas las culturas aspiran de manera genuina a preocupaciones y valores últimos y universales, pero el universalismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Contra el universalismo, debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. No se debe defender ni el universalismo ni el relativismo, sino más bien el cosmopolitismo, es decir, la globalización de las preocupaciones morales y políticas y las luchas contra la opresión y el sufrimiento humanos.⁹⁹

Ello implica la concepción intercultural de los derechos humanos y por tanto que “todas las culturas con problemáticas frente a los derechos humanos” siendo necesario el empleo de lo que Boaventura de Sousa Santos llama una *hermenéutica diatópica*, “basada en la idea de

texto multidimensional, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012 (disponible en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/20.pdf).

⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. III, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 2003, pp. 335-336.

⁹⁹ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho*, cit., p. 198

que los *topoi* de una cultura determinada, no importa lo fuerte que sean, son tan incompletos como la propia cultura” por lo que tratándose de los derechos humanos se debe buscar un mínimo común denominador. Para ello es necesario una “producción de conocimiento colectivo y participativo basado en intercambios cognitivos y emocionales de carácter equitativo, es decir, conocimiento-como-emancipación más que el conocimiento-como-regulación”.¹⁰⁰ Compartir experiencias más que imponer soluciones.

Para el profesor Santos los derechos humanos en la medida en que sean concebidos como “derechos universales” (en sentido negativo) tendrán tendencia a actuar como un localismo globalizado, una forma de globalización desde arriba, por lo que deben ser reconceptualizados como derechos multiculturales, a partir de una nueva universalidad cosmopolita e incluyente mediante el diálogo transcultural. Para ello hay que reconocer que los derechos humanos no son universales en su aplicación y varían de país a país y de región en región, que si bien todas las culturas tienen concepciones acerca de lo que significa la dignidad humana no todas la conciben como derechos humanos en su fórmula occidental.¹⁰¹

Como sugiere A. An-Na'im, el alcance y el sentido de la universalidad (de los derechos previstos en la Declaración Universal) depende, en gran medida, de quienes controlan su interpretación e implementación.¹⁰²

¹⁰⁰ Cfr. SANTOS, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 107 y ss. Para este autor en el caso de diálogo intercultural “el intercambio no se produce tan sólo entre diferentes conocimientos, sino también entre diferentes culturas, es decir, entre diferentes y, en un sentido fuerte, incommensurables universos de significado [que consisten] en constelaciones de *topoi* fuertes. Estos son los principales lugares comunes retóricos de una determinada cultura. Funcionan como premisas de argumentos. Los *topoi* fuertes se convierten en muy vulnerables y problemáticos cuando se intentan ‘utilizar’ en una cultura diferente. [Por ello] lo mejor que les puede ocurrir es ser rebajados de la categoría de premisas a argumentos”. El objeto de la hermenéutica diatópico “es crear una conciencia auto-reflexiva de la propia ausencia de plenitud cultural. En este caso, [continúa el autor en cita] la auto-reflexión supone el reconocimiento de la ausencia de plenitud de la propia cultura, un reconocimiento que surge a través del diálogo y de mirarse en el espejo de la ausencia de plenitud cultural de la otra cultura.”

¹⁰¹ Cfr. SANTOS, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

¹⁰² “The difference between what the Universal Declaration has achieved in the past and can achieve now and in the future is a result of who controls its meaning and implementation.” AN-NA'IM, A., “The Universal Declaration as a Living and Evolving *Common Standard of Achievement*”, *op. cit.*, p. 49. Además, del mismo autor véase, “Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights. The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment” en *Human Rights in Cross-Cultural Perspective. A quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991, pp. 19-43; MARKS, Susan y CLAPHAM, Andrew, “Universality”, *op. cit.*, pp. 395-398.

En general, las culturas están en constante transformación, interrelación e interdependencia. Tales transformaciones culturales se manifiestan en diversas dinámicas de cambio al interior de los grupos sociales que responden a diferentes factores internos y externos, entre ellos están las relaciones de poder y la resistencia a la opresión. En ello el nuevo paradigma propuesto por el discurso de los derechos tiene mucho que contribuir siempre que se vea a sí mismo como un proceso también en transformación, en el cual los diferentes diálogos al interior de las culturas, así como los diálogos inter-culturales juegan un papel fundamental.¹⁰³

Desde esta perspectiva los derechos humanos constituyen un guión emancipador congruente con su origen simbólico en el derecho moderno aunque manchado y frecuentemente ignorado por la práctica política. El discurso de los derechos humanos ha sido utilizado y concebido en diversas formas por distintos actores:

Cualquier análisis superficial de los derechos humanos a través de las generaciones mostrará sin duda que fueron puestos al servicio de las necesidades reguladoras del Estado [y de los intereses particulares de los actores políticos]. Pero también fueron el marco de la política progresista de las clases populares, cuyas luchas de hecho contribuyeron mucho en los avances de la política de los derechos humanos.¹⁰⁴

Lo anterior se evidencia, entre otros aspectos, en el surgimiento de una abogacía transnacional a través de diferentes redes transnacionales de ONG's que con espíritu progresista han contribuido en gran medida a una visión cosmopolita de los derechos humanos a partir de la elaboración de informes, de la denuncia de violaciones masivas y abiertas de derechos humanos o mediante la presentación de situaciones o casos particulares frente a instancias internacionales. La “movilización de la vergüenza” ha sido una estrategia importante para generar espacios de reflexión crítica no sólo respecto de la labor de los gobiernos sino también de otros actores no estatales y no sólo en los países

¹⁰³ Cfr. AN-NA'IM, Abdullahi, “Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights” en AN-NA'IM, A. y DENG, F., *Human Rights in Africa. Cross-Cultural Perspective*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1990; AN-NA'IM, Abdullahi y HAMMOND, Jeffrey, “Cultural Transformation and Human Rights in African Societies” en AN-NA'IM, A. (ed.) *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, Zed Books Ltd, London-New York, 2002, pp. 13-37.

¹⁰⁴ Cfr. SANTOS, *La Globalización del Derecho...*, op. cit., p. 212.

llamados “occidentales”, sino también en prácticamente todo el mundo, particularmente en Medio Oriente, Asia, África y Sudamérica.¹⁰⁵

Quizá el carácter cosmopolita de los derechos humanos se haga más evidente si se considera su desarrollo histórico-jurídico; la globalización de los derechos humanos se hace posible a partir de la confluencia de otras dinámicas globales. El discurso de los derechos humanos se nutre de fuentes nacionales e internacionales y ha sido incorporado al derecho constitucional en diferentes Estados a lo largo y ancho del globo en forma paralela al surgimiento gradual del régimen internacional de protección de los derechos humanos suscrito por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional y desarrollado posteriormente en el ámbito regional.

¹⁰⁵ Cfr. DRINAN, Robert, *The Mobilization of Shame, A World View of Human Rights*, Yale University Press, New Haven & London, 2001.

CAPÍTULO II

LA CIRCUNSTANCIA DE LA PRÁCTICA JUDICIAL: LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO

Una comprensión común en todo el mundo acerca de los derechos humanos y las libertades fundamentales, contemplados en la Declaración Universal, sólo puede lograrse cuando los Estados armonicen su legislación constitucional con la legislación internacional de los derechos humanos y a través de la armonización jurisprudencial que destile un contenido uniforme a favor de la protección más amplia para el individuo. Este objetivo exige que los jueces tomen sobre sí el papel de auténticos garantes de los derechos humanos.

*Navanethem Pillay**

2. Aspectos Generales

En el capítulo anterior se ha destacado la importancia de la dimensión humana, humanitaria o democrática de la mundialización, como una alternativa a la globalización neoliberal que sin embargo comparte su dinámica de operatividad a través de una mayor interrelación e interdependencia. En este sentido, un mundo más globalizado es simultáneamente un mundo más interconectado, cosmopolita, co-dependiente y mejor comunicado que brinda a los actores estatales (particularmente a los jueces nacionales) mayores posibilidades de influencia y cooperación.

En este segundo capítulo se consideran tres tendencias globales que constituyen parte de la circunstancia o contexto inmediato en el que se ejerce la función jurisdiccional y que repercute en su práctica. Tendencias que si bien acompañan la dinámica compleja de la mundialización, tienen características diferentes: la internacionalización de los derechos humanos, el constitucionalismo y la judicialización del derecho.

* “Discurso de la señora Navanethem Pillay. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, en AA. VV., *Un diálogo entre jueces...*, op. cit., p. XXIII

2.1 La internacionalización de los derechos humanos

El desarrollo histórico de la protección de los derechos humanos desde su dimensión jurídica, esto es, desde su reconocimiento, protección y reglamentación –hasta la conformación del actual Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)–, generalmente se encuadra en el contexto de cuatro tendencias principales (procesos básicos o líneas de evolución), a saber: la positivización, la generalización, la internacionalización y la especificación de los derechos humanos.¹⁰⁶

En el desarrollo de tales procesos la interrelación entre el derecho estatal y el internacional es constante. Así, en un primer momento el reconocimiento jurídico de determinados derechos se dio en el ámbito interno como consecuencia de determinadas reivindicaciones políticas y sociales.¹⁰⁷ Podemos decir que el proceso de positivización respondió a un impulso emancipatorio: a la concreción del principio de libertad.

¹⁰⁶ Cfr., entre otros, BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, 2ª ed., México, 1996; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, obra en tres tomos, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, T. I, 1997 (2ª Ed., 2003), T. II., 1999 y T. III, 2003; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª. Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001; O'DONNELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; PIZA, Rodolfo y TREJOS, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1989; NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su Desarrollo Progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1987; STEINER, Henry & ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context*, 2ª ed., Oxford University Press, 2000; SYMONIDES, Janusz, *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO/Publishing, Great Britain, 2003; SZABO, Imre, “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores” en VASAK, Karel (ed.), Traducción de Herman Sabaté y María José Rodeller, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Tomo I, Serbal/Unesco, España, 1984; TRAVIESO, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1990, y VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

¹⁰⁷ Dentro de la historia constitucional de occidente el primer documento significativo que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos es la Carta Magna de 1215, la cual, junto con el *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos, sin embargo, las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano fueron el *Bill of Rights* del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia del 4 de junio de 1776; y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789. Las revoluciones de independencia latinoamericanas también acudieron a las declaraciones de derechos como una expresión fundamental de su ideario. Cfr. NIKKEN, P., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 30-32; TRAVIESO, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1990 y *Historia de los derechos humanos y garantías*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993; PECES-BARBA,

Tal perspectiva es más evidente si se asume una concepción de los derechos humanos desde una perspectiva funcional, más que conceptual, a partir de las relaciones entre sujetos y las exigencias que derivan de ellos; esto es, a partir del uso posible del discurso de los derechos en las relaciones sociales, las cuales se han visto transformadas precisamente a partir de las nuevas exigencias impuestas por el discurso de los derechos.¹⁰⁸

A grandes rasgos, el proceso de positivización se caracterizó por la progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar a la idea de los derechos (como derechos naturales) de un estatuto jurídico, que permitiera su aplicación eficaz y la protección real de sus titulares. Como recuerda Gregorio Peces-Barba:

Con la evolución del sentido del Derecho, en el siglo XIX y sobre todo en el XX, crece el protagonismo del Derecho judicial en la positivización de los derechos fundamentales [...] La garantía judicial de los derechos, al permitir de hecho su eficacia, forma así parte del proceso de positivización.¹⁰⁹

En el siglo XIX empieza el llamado proceso de generalización de los derechos humanos que posteriormente deriva en su internacionalización, la cual por su parte, tendrá un impacto significativo en el constitucionalismo contemporáneo.¹¹⁰ Posteriormente, durante los primeros años del siglo XX, aunque limitados, fueron significativos los avances en el derecho constitucional de los derechos humanos, en especial respecto de los derechos sociales o de la denominada "segunda generación". Así lo demostró la Constitución mexicana de 1917 o la constitución de Weimar de 1919.

El proceso de generalización, entonces, supone el progresivo avance en la lucha por espacios de libertad, igualdad y justicia; el carácter histórico de los derechos y la exigencia moral de reconocer nuevas necesidades como valores intrínsecos a la noción de dignidad humana. La generalización de los derechos respecto a sus titulares (lo que es consecuente con la pretensión de universalidad de los mismos) y la ampliación de los derechos (por

Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991 y con la colaboración de Rafael DE ASÍS ROIG y María del Carmen BARRANCO, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, España, 2004.

¹⁰⁸ Cfr. ARANGO, Rodolfo, "Dimensión histórica y filosófica de los derechos humanos" en *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 25-27.

¹⁰⁹ "Sin la positivización los derechos no se completan, sólo son ideas morales, valores, que no lo son plenamente hasta que no enraízan en la realidad." Cfr. PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 107-109.

¹¹⁰ *Historia de los derechos humanos y garantías*, op. cit., pp. 158 y ss.

ejemplo, de los derechos económicos, sociales y culturales) supuso la concreción en la práctica del principio de igualdad –tanto desde el punto de llegada como de partida– a partir del impulso del pensamiento democrático y del constitucionalismo.¹¹¹ En una buena síntesis, el profesor mexicano Sergio García Ramírez afirma:

[...] la era moderna se inicia con un acontecimiento moral, jurídico y político de primer orden: el reconocimiento de los derechos del hombre, inherentes a su condición humana. Esta novedad luminosa, oriunda de los *bills of rights* estadounidenses y de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, tuvo una honda raíz en el jusnaturalismo religioso o racionalista y dejó en el pasado las antiguas proclamaciones de derechos fundadas en pactos entre el soberano y ciertos grupos sociales (nobles, clérigos, ciudadanos, gremios, universidades, entre otros) [...] Tanto el constitucionalismo clásico se nutre de esas convicciones. Otro tanto hace el nuevo constitucionalismo, fruto del siglo XX —y, en éste, de la Constitución mexicana de 1917—, que sigue colocando a la cabeza de sus propósitos la preservación de los derechos del ser humano [...]¹¹²

Por ello se dice que el tema de los derechos humanos y más específicamente el de los derechos individuales en el mundo moderno, "ingresó por la puerta del Derecho constitucional", para posteriormente generalizarse e internacionalizarse.¹¹³

Finalmente, el proceso de especialización (Bobbio) o de concreción (Peces-Barba), supone el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos humanos (derechos de la mujer; de los niños, niñas y adolescentes; de las personas con discapacidad; de las personas de la tercera edad; de los migrantes; de las personas pertenecientes a minorías o pueblos indígenas y de los pueblos mismos; etc.) y sus contenidos (derechos relacionados con el medio ambiente; el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; el derecho al agua; etc.), como respuesta a su carácter histórico-cultural.¹¹⁴

111 Cfr. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 111-115. Tal proceso, como afirma el autor, no está concluido, y la realidad requiere de una reflexión seria sobre las nuevas dimensiones del proceso de generalización.

112 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La jurisdicción interamericana sobre Derechos Humanos. Actualidad y Perspectivas" en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 139.

113 GARCÍA RAMÍREZ, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales" en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, op. cit., p. 322.

114 Cfr. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 120-129.

2.1.1. El desarrollo progresivo del DIDH en el siglo XX

En los orígenes del Derecho internacional el individuo y sus derechos tenían una relevancia fundamental. Como lo recuerda el profesor Antônio Cançado Trindade, en la visión de los “*Founding Fathers*” del Derecho de Gentes (Vitoria, Suárez, Grotius, Gentili, Pufendorf y Wolff) existían claras consideraciones humanitarias de carácter universal, con atención principal a las víctimas de la violencia y la crueldad de quienes detentaban el poder en esos primeros años de formación del *jus gentium* (*droit des gens*), consideraciones que sustentan la idea de la denominada *Civitas Maxima Getium*.¹¹⁵

No obstante, como consecuencia de la evolución de las jurisdicciones estatales, y la construcción de un discurso político basado en el principio de la no intervención como fundamento o correspondencia del principio de soberanía estatal, las consideraciones de humanidad con perspectiva global cedieron terreno a una visión nacional “cerrada” de la protección de los derechos humanos, hasta alcanzar una marcada indiferencia del Derecho internacional hacia el factor humano, centrado en las relaciones inter-estatales. De ahí que antes de la Primera Guerra Mundial, la protección de los derechos fundamentales se consideraba un tema de jurisdicción interna de los Estados.

El Derecho internacional “tradicional” no permitía a los países tomar parte en la relación entre un Estado y sus nacionales ya que sólo los Estados y no los individuos eran considerados sujetos de derecho internacional, siendo estos últimos sólo objeto de protección internacional. Por ello la consideración internacional de tales derechos estaba muy limitada, lo que no significa que no existiera.

Como recuerda el profesor Louis Henkin, el DI no fue, en épocas pasadas, indiferente al destino de los individuos, aunque ciertamente tal preocupación era limitada, no se aplicaba a todos los habitantes de una nación y tenía raíces en consideraciones de tipo político, tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la protección diplomática.¹¹⁶ En este sentido, los antecedentes de la legislación internacional de los derechos humanos se hallan en varias doctrinas e instituciones de derecho internacional, siendo las más importantes: la

¹¹⁵ Cfr. I.C.J. Advisory Opinion. *Accordance with International Law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, 22-07-2010, No. 141. *Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*, párs. 71-77.

¹¹⁶ HENKIN, L., *Derecho y política exterior de las naciones*, Gel, Argentina, 1986, p. 244.

intervención humanitaria, la responsabilidad por perjuicios a extranjeros, la protección a las minorías, el Sistema de Mandatos y el de Minorías de la Sociedad de las Naciones, y el Derecho internacional humanitario.¹¹⁷

Al término de la Primera Guerra Mundial, con la firma del Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919 y su entrada en vigor el 10 de enero de 1920, surgió la Sociedad de las Naciones con el objetivo fundamental de preservar la paz. Dentro del marco de la organización se advierten algunos “signos precursores” de la instauración de un régimen de protección internacional a los nacionales de un Estado dentro de su propio territorio. Tales fueron los tratados concernientes a la protección de los derechos de los grupos nacionales minoritarios (las llamadas minorías étnicas, lingüísticas o religiosas) en los Estados – algunos recién creados de Europa oriental y los Balcanes–, que garantizaron a las personas pertenecientes a dichos grupos el derecho a la vida y a la libertad, así como otros derechos civiles y políticos, entre ellos la igualdad ante la ley, conjuntamente con el derecho de usar su propia lengua y ejercer libremente cualquier credo o creencia religiosa sin discriminación. De la misma forma, el sistema de mandatos –establecido para la administración de las colonias y territorios que a consecuencia de la guerra dejaron de estar bajo la soberanía de los estados perdedores– prohibió la trata de esclavos y dispuso el establecimiento de condiciones que garantizaran la libertad de conciencia y religión, así como condiciones de trabajo humanitarias.¹¹⁸

Sin embargo, el fracaso de la Sociedad de las Naciones para lograr una paz duradera se evidenció con el inicio de la Segunda Guerra Mundial. La constatación de los graves

¹¹⁷ Cfr. BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, 2ª ed., México, 1996, p. 32; GÓMEZ ISA, Felipe; PUREZA, José Manuel, (dirs.), *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, op. cit., pp. 24 y ss. MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford University Press, 1989; ROBERTSON, A.H. & MERRILLS, J.G., *Human Rights in the World. An introduction to the study of the international protection of human rights*, 4th Ed. Manchester University Press, 1996.

¹¹⁸ Cfr. NIKKEN, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*, op. cit., pp. 35-36; GÓMEZ ISA, Felipe; PUREZA, José Manuel, (dirs.), *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, op. cit., pp. 26 y ss. En el ámbito doctrinario, una de las iniciativas más serias en esta materia fue la Declaración de Derechos Internacionales del Hombre aprobada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI), el 12 de octubre de 1929, que sirvió como un antecedente importante de otras iniciativas y acciones internacionales posteriores, encaminadas a sustraer de la soberanía de los Estados la materia de los derechos y las libertades de la persona humana (IDI, *Déclaration des droits internationaux de l'homme*, Session de New Cork, 1929. Disponible en el sitio web del Instituto: <http://www.idi.iil.org>).

crímenes perpetrados por el nazismo y el fascismo, así como los estragos de la nueva “Gran Guerra” llevaron a la comunidad internacional a tomar nuevas medidas que supondrían una verdadera *revolución normativa* en el ámbito del DI, con la progresiva conformación de un sistema internacional de protección de la persona humana a partir de la constitución de la ONU. Con ello dio inicio la etapa de internacionalización de los derechos humanos que provocó el denominado “proceso de humanización” del DI,¹¹⁹ el cual tiene su base en la creación de nuevos instrumentos y organismos internacionales, así como en los procesos penales de Núremberg y Tokio que marcaron la senda del desarrollo del Derecho penal internacional, que hoy día tiene su avance más significativo en la Corte Penal Internacional.

Siguiendo al profesor César Sepúlveda, se entiende por internacionalización de los derechos del hombre “a ese gran movimiento, que principia en 1945, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos, de la Comunidad Europea, principalmente y en otras instituciones para obtener la tutela de los derechos de hombres y mujeres en todo el mundo, a través de la acción de los organismos internacionales, de tratados y convenciones sobre la materia, de instituciones *ad hoc*.” Movimiento que involucra no sólo actores estatales, sino también a organismos intergubernamentales y a organizaciones no gubernamentales (ONGs), cuyo papel ha sido muy significativo en el desarrollo del propio DIDH.¹²⁰

Este proceso de internacionalización constituyó un paso novedoso y trascendental en la concepción tradicional del derecho internacional público, en la relación entre los Estados y entre éstos y sus propios ciudadanos. A partir de este momento surgieron nuevos principios, instituciones y procedimientos que conforman en la actualidad el DIDH y que sitúan al principio de protección de la dignidad humana como un principio fundamental del orden internacional. En particular, a partir de la conformación de la ONU, la garantía constitucional de los derechos humanos se vio complementada y reforzada por instrumentos de Derecho internacional, que van desde las primeras declaraciones de

119 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Una estrategia integrada para la protección internacional de los derechos humanos”, *Persona Humana y Derecho Internacional. Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1007-1025

120 Cfr. SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional y derechos humanos*; CNDH; México; 1991; p. 17. En el mismo sentido STEINER, Henry y ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Moral*, Oxford University Press, 1996.

derechos –precursoras de instrumentos internacionales generales, tanto universales como regionales–, hasta la puesta en vigor de tratados internacionales a través de los cuales los Estados Parte se obligan a respetar los derechos en ellos proclamados y establecen, al mismo tiempo, medios institucionales para su tutela en caso de incumplimiento.

De conformidad con lo anterior, la legislación internacional moderna de derechos humanos se inicia, en el ámbito universal, con la Carta de San Francisco de 1945 y la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En el ámbito regional americano con la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, meses antes que la universal, seguida por la adopción del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 en el seno del Consejo de Europa.¹²¹ Ahora bien, a partir de estos momentos el DIDH se desarrolla progresivamente como una rama especializada del DI y en su evolución abarca tres fases: a) la formación y fase legislativa; b) la consolidación y fase de implementación y, c) la fase de justiciabilidad o “judiciabilidad” de los derechos humanos.¹²²

De esta forma, las siete últimas décadas han sido testigos del proceso histórico de emergencia, formación y consolidación del DIDH, conformando un ordenamiento de protección dotado de especificidades propias, aunque, como se verá más adelante, no por ello independiente y autosuficiente del derecho internacional general. Este proceso de formación y consolidación del DIDH, en opinión del profesor Antônio Cançado Trindade, partió de las premisas de que los derechos humanos son inherentes a la persona humana, y como tales anteriores a todas las formas de organización política, y de que su protección no se agota en la acción del Estado. Por ello, a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, se incrementó significativamente el número de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos dando lugar al proceso de generalización de la protección de los

¹²¹ En 1981 se adoptaría la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos en el seno de la Organización de la Unidad Africana.

¹²² Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1997 (2ª Ed. 2003). Entiendo por “fases”, no aquellos momentos históricos determinados, únicos e irrepetibles, sino aquellos procesos históricos de generación, consolidación e implementación de los derechos humanos que pueden ser simultáneos o sucesivos, dependiendo de las circunstancias, de los propios derechos y del sistema de protección.

derechos humanos. En opinión del profesor Cançado esta fase de formación y legislación del DIDH –que provoca la generalización de los mismos desde un punto de vista de su protección internacional– se caracteriza principalmente por la constitución de organismos con capacidad de producción normativa y por la preparación, redacción y adopción de múltiples tratados e instrumentos internacionales que, por un lado, reconocen al individuo como sujeto de derecho internacional y, por el otro, “relativizan” el concepto básico del Derecho internacional clásico del dominio reservado en materia de protección de los derechos humanos.¹²³

Esta fase de expansión progresiva se proyectó en dos aspectos de la mayor importancia jurídica: la relativización de la soberanía estatal y la subjetividad internacional de la persona humana.

Como afirma el profesor Carrillo Salcedo la práctica ha confirmado plenamente la interpretación de la Carta de Naciones Unidas "en virtud de la cual los derechos humanos han dejado de pertenecer a la categoría de asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados." Asimismo, "la proclamación de la dignidad intrínseca de la persona y de los derechos que le son inherentes en la Carta de las Naciones Unidas constituyó una importante transformación del Derecho internacional, en la medida en que hizo aparecer un nuevo principio constitucional del orden internacional: el de los derechos de los que todo ser humano es titular, por el hecho de serlo y en razón de su igual dignidad."¹²⁴

¹²³ Cfr. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

¹²⁴ CARRILLO, J.A. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, 2001, pp. 42 y 177. La Carta de Naciones Unidas reafirma en su preámbulo “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas”, y más adelante declara la determinación de las Naciones a “promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.” Además incluye referencia a los derechos en su artículo 1.3, respecto a la cooperación internacional; 55, relativo a los propósitos de la organización, entre los que está promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”; 56, respecto al deber de tomar medidas conjuntas para alcanzar los propósitos de la Carta. Estas disposiciones establecen el compromiso –que debe entenderse como una verdadera obligación jurídica– de emprender acciones para lograr el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades básicas. También la Carta hace mención a los derechos humanos como parte de las facultades de la Asamblea General (art. 13. b) y del Consejo Económico y Social (art. 62.2 y 68) para hacer recomendaciones y establecer comisiones. En 1946 se conformó la Comisión de Derechos Humanos a la que se encomendó, entre otras cosas, la preparación de un proyecto de declaración internacional. Cfr. DEL TORO Huerta, Mauricio, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: Un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos

En el mismo sentido, el *Institute de Droit International* (IDI), en su sesión de Santiago de Compostela de 1989, aprobó la resolución titulada "*The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States*"¹²⁵ que dispone en su artículo 1°:

Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of States to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights.

This international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is erga omnes; it is incumbent upon every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 2 de la resolución: "*A State acting in breach of its obligations in the sphere of human rights cannot evade its international responsibility by claiming that such matters are essentially within its domestic jurisdiction.*"

Asimismo, respecto a las obligaciones de los Estados derivadas de la Carta, destaca la opinión de 21 de junio de 1971 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano)*, no obstante la Res. 276 (1970) del Consejo de Seguridad, en la que establece las obligaciones de los Estados bajo la Carta de Naciones Unidas. En palabras de la Corte:

*Under the Charter of the United Nations, the former Mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter.*¹²⁶

Humanos, 2012; SEPÚLVEDA, C. *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, op. cit., p. 18; GÓMEZ ISA, F. Y PUREZA, M. (eds.), *La protección Internacional de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 38; CARRILLO, J.A. *Soberanía de los Estados...*, op. cit., p. 39.

¹²⁵ Disponible en: <http://www.idi-iil.org>.

¹²⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (south-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Order of 29 January 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 131.

Con las obligaciones establecidas por la Carta de Naciones Unidas vendría la conformación de la denominada “Carta Internacional de los Derechos Humanos” identificada con el conjunto de disposiciones contenidas, en la propia carta de la organización, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, los protocolos facultativos del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos; ello aceleró el proceso de generalización de la protección internacional de los derechos humanos.¹²⁷

El proceso de generalización puede ser examinado –siguiendo al profesor Cançado Trindade– tanto en el plano normativo (respecto a la adopción de instrumentos internacionales generales y específicos en el ámbito universal y regional) como en el plano procesal u operacional (a partir de la creación de organismos especializados para la observancia, promoción y protección de los derechos humanos, creándose una serie de comisiones, subcomisiones, comités, grupos de trabajo, etc., y en los distintos métodos de implementación).¹²⁸

La fase de consolidación e implementación del DIDH se refiere a la realización, aplicación y ejecución de los derechos humanos y se manifiesta principalmente en los mecanismos establecidos por los instrumentos para la supervisión, promoción, protección y respeto a los derechos humanos, así como también en la actuación de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los respectivos tratados (sistema de reporteros, comités, expertos y grupos de trabajo),¹²⁹ los

¹²⁷ Cfr. VILLÁN DURAN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 212; BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, Universidad Santiago de Cali, Colombia, 1995, p. 26;

¹²⁸ CANÇADO, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, op. cit., pp. 40 y ss.

¹²⁹ En un primer momento, además de la Comisión de Derechos Humanos, se establecieron el Comité de Derechos Humanos (sobre el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos) y el Grupo de Trabajo sobre la Convención contra el *Apartheid*. Posteriormente, se sumaron en los años 80's el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura. El ECOSOC estableció en 1987 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 1990 se creó el Comité sobre los Derechos de los Niños con base en la Convención del mismo nombre. Asimismo, con base en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de 1990 se estableció como órgano de vigilancia el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares que celebró su primer periodo de sesiones en marzo de 2004. Finalmente, se estableció el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que comenzó su labor en 2007; el Comité establecido por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que

cuales tienen esencialmente una naturaleza complementaria y, como señala el profesor Antonio Cançado, buscan con *diversidad de medios, identidad de propósito y unidad conceptual* la mejor implementación de los derechos humanos, siendo su propósito común el de asegurar una protección eficaz y cada vez más extensa de los individuos.¹³⁰

Entre estos mecanismos se deben sumar, de acuerdo a su propia naturaleza, los procedimientos especiales que realiza ahora el Consejo de Derechos Humanos (antes la Comisión) respecto de las situaciones sobre países específicos y los procedimientos temáticos que incluyen la actuación de diferentes grupos de trabajo, relatores especiales y visitas *in loco*. Particular interés reviste el nuevo mecanismo de Examen Periódico Universal establecido entre las facultades del Consejo de Derechos Humanos (Resolución A/RES/60/251, de 15 de marzo de 2006) que permite el análisis cada cuatro años del cumplimiento de cada Estado miembro de las Naciones Unidas de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos.

Por otra parte, deben estimarse dentro del conjunto de los esfuerzos por una mejor implementación del DIDH otros mecanismos como las comisiones de la verdad,¹³¹ los procedimientos cuasi-judiciales, y las reclamaciones judiciales a nivel estatal. Lo que lleva a constatar que en la actualidad, como señala el profesor Pastor Ridruejo, existen diferentes mecanismos políticos y jurídicos que buscan en conjunto constatar las violaciones a los derechos humanos, asegurar la reparación de tales violaciones y persuadir a los Estados de no cometer más violaciones.¹³²

Sin embargo, a pesar del establecimiento de estos mecanismos tanto a nivel universal como regional, existen algunas dificultades para su operación, entre las

celebró su primera sesión en febrero de 2009 y un Comité por la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de 2006, adicional al Grupo de Trabajo existente sobre el tema.

¹³⁰ CANÇADO, A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 48 y ss. Del mismo autor *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, p. 3

¹³¹ Cfr. HAYNER, Priscilla, «Fifteen Truth Commissions-1974-1994 : A Comparative Study » en *Human Rights Quarterly*, v. 16, No. 4, noviembre (1994), pp. 597-655; SHABAS, William y DARCY, Shane (eds.), *Truth Commissions and Courts. The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 2004.

¹³² PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, « Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle : Normes, Faits et Valeurs. Cour Général de Droit International Public », *Recueil des Cours* 1998, T. 274, pp. 121-ss.

principales están: la entrada en vigor variable en el tiempo de los tratados de derechos humanos dependiendo las fechas de ratificación y el número de Estados Partes; la adopción de reservas y declaraciones interpretativas en los instrumentos; y la distinta periodicidad para someter los informes respectivos sobre los tratados de derechos humanos a los organismos correspondientes.¹³³

Finalmente, la fase de justiciabilidad o judicialización, como parte del proceso de implementación de los derechos humanos –al momento en el ámbito regional–, se caracteriza por la constitución de instancias judiciales internacionales que incide también en una tendencia general a la multiplicación de tribunales internacionales. Esta fase, como las anteriores, no representa un momento histórico único para todos los sistemas de protección de los derechos humanos, sino más bien una tendencia marcada principalmente por el establecimiento de mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos a nivel internacional (regional) y la progresiva aceptación de sus competencias contenciosas por los Estados.

En este proceso de judicialización regional, si bien en un principio se tomaron elementos y criterios de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la CIJ para el desarrollo legislativo de las cortes de derechos humanos, es a partir del establecimiento y posterior funcionamiento de éstas que se ha desarrollado una evolución jurisprudencial de la protección internacional de los derechos humanos con interpretaciones propias y evolutivas de los tratados en la materia.

Como señala el profesor Sergio García Ramírez, por ahora la más enérgica protección internacional de los derechos humanos deriva de la existencia de jurisdicciones internacionales cuyos fallos sobre esta materia son vinculantes para los Estados, previo reconocimiento por éstos de la competencia de los órganos correspondientes.¹³⁴

Resumiendo lo expuesto, podemos decir –siguiendo a Cançado Trindade– que a partir de la internacionalización de los derechos humanos, desde la Declaración Universal de 1948 hasta nuestros días, los instrumentos internacionales encaminados a la salvaguarda de esos derechos forman un *corpus* de reglas bastante complejo, de orígenes diversos

¹³³ Cfr. CANÇADO, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁴ GARCÍA RAMÍREZ, “Raíz y Horizonte de los Derechos ‘Sociales’ en la Constitución Mexicana” en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, CIDH, San José, Costa Rica, 1998, p. 79.

(Naciones Unidas, agencias especializadas, organizaciones regionales), de diferentes ámbitos de aplicación (global y regional), distintos, también, en cuanto a sus destinatarios o beneficiarios, y, significativamente, de contenido, fuerza y efectos jurídicos desiguales o variables (desde simples declaraciones hasta convenciones debidamente ratificadas) y de órganos con funciones también distintas, y en donde son igualmente diferentes las técnicas de control y supervisión (p.e. reclamaciones o peticiones de diversas modalidades, informes periódicos, investigaciones, etc.).¹³⁵

Este *corpus* constituye lo que se conoce como Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), que, como veremos a continuación, tiene sus propios principios y características. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.¹³⁶

Como afirma el profesor Pastor Ridruejo, en el Derecho Internacional contemporáneo "a lo que se aspira mediante la protección internacional de los derechos humanos es a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos."¹³⁷ La justiciabilidad de todos los derechos es la tarea pendiente y prioritaria en los años venideros.

¹³⁵ CANÇADO, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁶ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 115.

¹³⁷ PASTOR, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed., Tecnos, España, 2002, p. 200.

2.1.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): principios generales

Siguiendo la definición propuesta por Carlos Villán Durán se puede concebir al DIDH como:

El sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.¹³⁸

Como una rama especializada del Derecho internacional público, este *corpus iuris* ha incorporado y desarrollado principios y características propias que si bien tienen su base en el derecho internacional general deben interpretarse a la luz del objetivo central de todo el sistema, que no es otro sino la protección de la dignidad humana en todas sus formas y a través de mecanismos eficientes.¹³⁹

Es así que siendo un ordenamiento de origen principalmente convencional –aunque con clara vocación a expandirse en principios generales del derecho, normas consuetudinarias y en algunos casos en normas integrantes del *jus cogens* internacional– el DIDH se fundamenta en las nociones generales aportadas por el derecho de los tratados aunque interpretadas de conformidad con su propio objeto y finalidad. Ello determina el desarrollo jurisprudencial del DIDH como una rama especializada del Derecho internacional público (un subsistema), lo que también permite una fertilización favorable a tales derechos en otras ramas del propio derecho internacional general.

En este sentido, el DIDH conforma un “régimen especial o autónomo” (*special regime*) dentro del conjunto del DI y en su aplicación se debe considerar la máxima *lex specialis derogat legi generali*, a fin de armonizar la interpretación de las normas y principios que integran el conjunto del derecho internacional, resolver los posibles conflictos resultantes, considerando, por supuesto, la jerarquía normativa (*jus cogens*,

¹³⁸ VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 85-86.

¹³⁹ Cfr. BUERGENTHAL, T.; GROSSMAN, C.; NIKKEN, P., *Manual internacional de derechos humanos*, op. cit., pp. 171 y ss.

obligaciones *erga omnes* y los principios fundamentales de la Carta de Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 103 de la misma).¹⁴⁰ Ahora bien, que el DIDH sea un régimen especial cuya finalidad es proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúen en su nombre), ello no supone hablar de la existencia de un régimen completamente autónomo e independiente del DI.¹⁴¹ Como se indicó, el DIDH forma parte del DI, es una rama especializada de éste que, si bien tiene objetivos y fines particulares que lo distinguen de otras ramas del DI y determinan la aplicación e interpretación de sus normas, comparte su sistema de fuentes, su régimen de responsabilidad, su naturaleza descentralizada, etcétera.¹⁴²

A) La especial naturaleza de los tratados de derechos humanos

Los tratados sobre derechos humanos son acuerdos internacionales que contienen disposiciones para promover, proteger y garantizar uno o más derechos humanos. Generalmente son tratados de carácter multilateral adoptados en el seno de organizaciones

¹⁴⁰ Sobre la relación entre sistemas en el conjunto del derecho internacional, véase el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema *Fragmentación del derecho internacional: dificultades resultantes de la diversificación y ampliación del derecho internacional*, A/CN.4/L.702 y anexos, consultables en http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm.

¹⁴¹ Sobre la idea de que los sistemas de protección de los derechos humanos no constituyen órdenes jurídicos separados, aislados y autosuficientes, sino que forman parte integrante del Derecho internacional véase: CAFLISH, Lucius y CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de L'homme et le Droit International General" en *R.G.D.I.P.*, 2004-1, pp. 5-62. Con esa misma perspectiva, desde 1999, Gérard Cohen-Jonathan y, posteriormente también en colaboración con Jean-François Flauss, publican en el *Annuaire Français de Droit International*, una sección titulada "*Cour Européenne des Droits de L'Homme et Droit Internaional Général*", donde se destaca que el sistema de protección del Convenio Europeo basa su validez y su fuerza jurídica en el derecho internacional público. La idea de régimen especial también está desarrollada en el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre *Fragmentación del Derecho Internacional... cit.*

¹⁴² Aunque parte del DI, el DIDH tiene una naturaleza especial propia de su finalidad. Al respecto, la Corte IDH (CorteIDH) ha reiterado que la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos y su mecanismo de implementación colectiva, "conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effect utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos." Sobre el régimen de responsabilidad internacional en el ámbito del DIDH y particularmente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CorteIDH señaló que "dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho internacional general." Véase, entre otras, Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 104, 105 y 107.

internacionales, principalmente, en las Naciones Unidas (ONU) o en el ámbito regional en el Consejo de Europa (CE), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Unidad Africana o Unión Africana (UA), aunque también en el marco de otras organizaciones internacionales especializadas como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), etc.

Sin embargo, dada su naturaleza especial, es preciso distinguir entre los tratados en materia de derechos humanos y otros tratados, sin que ello suponga que se trate de dos regímenes autosuficientes, pues ambos se basan en nociones tan fundamentales como el principio *pacta sunt servanda* y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Tanto la doctrina como la práctica internacional reconocen una distinción general entre dos tipos de tratados de acuerdo con sus fines y objetivos. Por un lado, los tratados denominados “tradicionales”, que persiguen un intercambio recíproco de derechos y obligaciones entre las partes (generalmente Estados) y, por otro lado, aquellos tratados que establecen obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, tanto entre los Estados partes como entre éstos y la comunidad internacional, así como frente a los individuos sujetos a su jurisdicción. A estos últimos, se les considera tratados que establecen obligaciones *erga omnes*, por regular cuestiones fundamentales para la comunidad internacional que merecen una posición especial dentro del sistema de Derecho internacional.

La CIJ consideró, en un célebre *obiter dictum* en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, entre Bélgica y España* (sentencia de 5 de febrero de 1970), la necesidad de diferenciar entre los diferentes tipos de obligaciones asumidas por los Estados:

33. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligation erga omnes.

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the

*corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*¹⁴³

Anteriormente, la misma CIJ, en su opinión sobre las *Reservas a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, de 1951, consideró que en este tipo de instrumentos los Estados contratantes no tienen intereses propios, poseen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.¹⁴⁴ En el ámbito específico del DIDH, la Corte IDH ha reiterado:

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.¹⁴⁵

En su opinión consultiva sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana* (OC-2/82), la misma Corte IDH consideró como tratado de derechos humanos a “aquel instrumento internacional o marco jurídico multilateral, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.” Y señaló que:

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos,

¹⁴³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 33.

¹⁴⁴ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1951, p. 23.

¹⁴⁵ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 42 y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrafo 96.

para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁴⁶

Dicho criterio, como lo recuerda la propia Corte IDH, ha sido expresado por otros órganos internacionales especializados en materia de derechos humanos, como, en su momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos y posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), sostuvo que

[...] a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una 'garantía colectiva.

Posteriormente, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), el TEDH declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”¹⁴⁷

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario General número 24, sobre las cuestiones relacionadas con las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos, distinguió entre los tratados que establecen “un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permiten reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general” de aquellos tratados de derechos humanos “cuyo objeto es beneficiar a las personas que se

¹⁴⁶ Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párrs. 29 y 32.

¹⁴⁷ Cit. en Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 45.

encuentran en su jurisdicción” y en tanto contengan disposiciones de derecho internacional consuetudinario “no pueden ser objeto de reservas”.¹⁴⁸

En síntesis, como lo considera Pedro Nikken, la singularidad de los tratados sobre derechos humanos está en que “su contenido se define como una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo se prevé a menudo expresamente; además, no están limitados por la contraposición del interés de los contratantes, ni tampoco en general por la noción de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas.”¹⁴⁹

Esta naturaleza particular de los tratados de derechos humanos debe tenerse en cuenta al momento de su interpretación, lo mismo que al analizar el régimen de las reservas a dichos tratados. Este aspecto es de gran importancia y debe considerarse en la argumentación que se haga en un caso determinado. Incluso es posible que un tratado general cuyo objeto no es la protección de los derechos humanos contenga alguna disposición que pueda concernir a la protección de los derechos humanos y en cuanto tal ser objeto de aplicación o interpretación en el ámbito del DIDH. Así lo ha considerado en el ámbito americano la Corte IDH al señalar que “un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal”.¹⁵⁰

Al respecto, de acuerdo con el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la *Fragmentación del derecho internacional*, la máxima *lex specialis derogat legi generali*, es relevante para resolver conflictos entre normas y principios del derecho internacional, así como para interpretar su alcance en un contexto determinado, siendo que los regímenes especiales operan como *lex specialis*.¹⁵¹

¹⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 24*, 52º período de sesiones (1994), pár. 8. Texto disponible en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 de 26 de abril de 2001. Tales distinciones encuentran también fundamento en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que en su artículo 60.5.a, se refiere a que la violación grave de un tratado con disposiciones relativas a la protección de la persona humana no faculta a las partes a dar por terminada o suspendida su aplicación, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

¹⁴⁹ Cfr. NIKKEN, P., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*, op. cit., p. 92.

¹⁵⁰ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 76.

¹⁵¹ Cfr. *Fragmentación del derecho internacional...*, cit. párrs. 5-16. De acuerdo con el informe, el significado de un régimen especial estriba en la manera en que sus normas expresan un objeto y fin único o

De esta forma, en este ámbito de protección las reglas de interpretación revisten particular interés. Al respecto, la Corte IDH considera que “la Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma”. Además, la Corte ha enfatizado que el DIDH se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso “debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹⁵²

Esto significa necesariamente que "el sentido corriente" de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La CIJ en su *Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas* precisó que la función del intérprete está enderezada "a dar eficacia a las disposiciones (de un tratado) en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren", el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto.¹⁵³ Además, debe considerarse la interpretación evolutiva a que se refiere la Convención de Viena de 1969 y que ha sido reiterada por los tribunales europeo e interamericano como una regla fundamental de interpretación, toda vez que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos”, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹⁵⁴

determinado, por lo que la interpretación y aplicación deben reflejar, en la medida de lo posible, ese objeto y fin.

¹⁵² Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 33.

¹⁵³ *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, pág. 8.

¹⁵⁴ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 165.

Finalmente, se debe considerar que las estrategias de protección de los derechos humanos no se limitan a plasmarlos en textos convencionales o en ciertos sistemas a crear mecanismos judiciales o cuasi-judiciales para su garantía. Una verdadera cultura de los derechos humanos se basa en una *estrategia integrada* que –como considera el profesor Pastor Ridruejo– haga efectivo el proceso de humanización y moralización del derecho internacional a través, no sólo de la codificación de los derechos a través de los tratados internacionales y la creación de mecanismos de verificación y control efectivos, sino también de la prevención de violaciones a los derechos humanos por medio de estructuras y condiciones apropiadas para la observancia habitual de los derechos humanos, entre ellas está no sólo la incorporación adecuada del derecho internacional en el derecho interno, sino también la cooperación para el desarrollo y la concienciación de los agentes internos en su labor de agentes del DIDH.¹⁵⁵

Este último aspecto es fundamental, pues –como considera la profesora Victoria Abellán Honrubia–,¹⁵⁶ existe una relación inherente entre métodos internacionales y garantías internas en la protección internacional de los derechos humanos, garantías estas últimas que abarcan no sólo la tendencia a establecer un Estado de Derecho y una sociedad democrática, sino también garantías procesales que hagan efectivo el derecho a la justicia a través de un efectivo acceso a tribunales independientes e imparciales, pero también a jueces conscientes e informados sobre su papel en la protección y garantía de los derechos más fundamentales en mundo cada vez más interconectado y consciente de sus derechos.

La protección de los derechos humanos debe concebirse como un proceso, como una tendencia histórica y como una estrategia. Dicha estrategia involucra también, además de lo ya señalado, una técnica de litigio nacional e internacional que procure un resultado favorable a la protección de los derechos –en particular los de las víctimas–; el

155 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Una estrategia integrada para la protección internacional de los derechos humanos”, *Persona Humana y Derecho Internacional. Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1007-1025. En el mismo sentido, véase el Curso General de la Academia de la Haya del profesor Pastor: «Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cour Général de Droit International Public», *Recueil des Cours 1998, op. cit.*, pp. 113 y ss.

156 ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, “La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas” en *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra*, Vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, España, 1986, pp. 29-58.

establecimiento de indicadores y estrategias de monitoreo, y herramientas de enseñanza universitaria y capacitación judicial.¹⁵⁷

B) La interrelación e interdependencia entre principios

La internacionalización de los derechos humanos y la conformación del DIDH van a tener evidentes repercusiones en la concepción del Derecho internacional público, particularmente respecto de sus principios constitucionales. De tal forma que el proceso de humanización y moralización del DI lleva consigo también una modificación de los parámetros de legitimidad del propio sistema, al incorporar principios jurídicos y éticos básicos como parte del ordenamiento internacional. Una de las expresiones más evidentes de este fenómeno es el desarrollo relativamente reciente del Derecho penal internacional.

El principio general de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales está a su vez constituido en su naturaleza y funcionamiento por otros principios que han sido reiterados por la doctrina y la práctica internacionales. Así se dice que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y que en el ámbito internacional operan bajo el principio de complementariedad y subsidiariedad respecto de la protección estatal, que son inderogables en su núcleo duro, están sometidos a cláusulas precisas respecto de su posible suspensión temporal, y siguen pautas de interpretación evolutiva basadas en el principio *pro personae*.

Este desarrollo progresivo ha sido identificado también como un componente principal en el proceso de constitucionalización del DI orientado por la humanización del mismo y por la superioridad de ciertas normas consideradas como imperativas (*jus cogens*), así como de obligaciones con efectos generales (*erga omnes*), o principios fundacionales del sistema internacional, como el contenido en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁵⁷ Al respecto véanse los libros editados por David BARNHIZER: *Effective Strategies for Protecting Human Rights. Economic sanctions, use of national courts and international fora and coercive power*, Ashgate, USA, 2001 y *Effective Strategies for Protecting Human Rights. Prevention and intervention, trade and education*, Ashgate, USA, 2001.

De esta forma, la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y subsidiariedad son principios constitutivos del DIDH que tienen una influencia significativa en su apreciación judicial tanto en su aspecto sustantivo como procesal.¹⁵⁸

Al respecto, si bien la existencia y aparición histórica de diferentes categorías de derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; de solidaridad; etc.) han motivado una tradicional distinción entre generaciones de derechos, lo cierto es que en la actualidad este *enfoque generacional* ha perdido fuerza normativa y explicativa de la condición de aplicación de las diferentes clasificaciones de derechos.¹⁵⁹

En la actualidad se reconoce ampliamente que las diferentes categorías de derechos (civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales) están profundamente interrelacionadas, tal como se puso de manifiesto en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968,¹⁶⁰ y se reiteró en la Conferencia Mundial de Viena de 1993. La Declaración adoptada en esta última hace una alusión expresa a los principios de indivisibilidad e interdependencia cuando señala:

158 Existen otros principios del DIDH. Por ejemplo, Carlos Villán considera los principios de libertad, igualdad y solidaridad como tres pilares íntimamente vinculados a la idea de dignidad humana. *Cfr. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 94 y ss. Por su parte, Carlos Ayala Corao identifica dentro de las características del Derecho de los derechos humanos los principios de auto ejecutividad de los tratados o convenciones sobre derechos humanos, el de progresividad, el de irreversibilidad, el de posición preferida de los derechos y el de protección judicial de los derechos humanos. *Cfr. "El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)", V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, III-UNAM, México, 1998, pp. 66 y ss.*

159 Existe consenso en considerar que el primero en aplicar el término "generaciones" al desarrollo de los derechos humanos, fue Karel Vašák, sobre la base de los principios de libertad, igualdad y fraternidad que inspiraron la revolución francesa y los colores de su bandera. No así, como un concepto propio que debiera interpretarse como una separación o jerarquización de alguna categoría de derechos en particular. Así lo comenta el profesor Cançado Trindade, en la conferencia publicada en el sitio http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. En general, *Cfr. VAŠÁK, Karel, Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. 1, Serbal-Unesco, 1982. Asimismo, se suele hacer referencia a las distintas etapas en el desarrollo de los derechos descritas por Bobbio, sin que con ello necesariamente se sostenga la primacía normativa de alguna categoría de derechos, sino más bien la sucesiva positivización, progresiva expansión y universalización. Véase, entre otros, en BOBBIO, N., "Derechos del Hombre", en *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 511-520. En general, también, REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *Las generaciones de los derechos humanos. Libertad-igualdad-fraternidad*, 4ª ed., Universidad Libre, Bogotá, Colombia, 2006. Para una crítica a la percepción histórica de las generaciones de derechos, véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 19-36.

160 La Proclama de Teherán en su párrafo 13 establece: "Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta imposible."

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.¹⁶¹

En este sentido es que se considera que la referencia a la existencia de diferentes generaciones o dimensiones de derechos tiene más una finalidad académica que histórica u operativa.¹⁶²

Por otra parte, la indivisibilidad se manifiesta también en la no jerarquización de los derechos, pues tal característica se asocia con un fundamento único: la dignidad humana. Por ello, como señala Antonio Blanc, "los derechos humanos tienen una naturaleza igual aunque puedan presentar especificidades tanto en su formulación como en sus sistemas de protección." De esta forma, la indivisibilidad opera también como un principio de interpretación y aplicación. La interdependencia, por su parte, "pone el acento en la interrelación, común juridicidad y dependencia recíproca" entre las diferentes categorías de derechos. "Los derechos humanos son indivisibles porque son indispensables para el respeto de la dignidad humana y para el desarrollo integral de la persona, lo que refuerza la unicidad de los mismos frente a la jerarquización, y, al mismo tiempo, son interdependientes porque se interrelacionan necesariamente entre sí y porque la existencia real de cada uno de los derechos humanos, sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos."¹⁶³

Ahora bien, como afirma el profesor Sergio García Ramírez, planteado el carácter integral de los derechos, procede plantear igualmente el carácter integral de su aplicación y protección, en especial de su protección jurisdiccional internacional, pues al parecer el avance en la indivisibilidad de los derechos ha encontrado una consagración más consistente en el plano normativo que en el plano procesal, principalmente tratándose de los

¹⁶¹ Anteriormente, la Resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1977 sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, afirmaba que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes

¹⁶² Cfr. TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, op. cit., pp. 24 y ss.

¹⁶³ BLANC ALTEMIR, Antonio, "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal", op. cit., p. 31.

derechos económicos, sociales y culturales, aunque existe una clara tendencia a buscar mecanismos más efectivos para la justiciabilidad de estos derechos.¹⁶⁴

C) El principio de subsidiariedad y la soberanía estatal

Como ya se destacó, el desarrollo progresivo del DIDH ha modificado la concepción tradicional del DI y el principio de protección de los derechos de la persona humana y las consideraciones de humanidad en los diferentes ámbitos del DI son expresión de un principio constitucional del sistema internacional: el principio general de respeto y garantía de los derechos humanos.¹⁶⁵

De hecho, las consideraciones de humanidad se encuentran reflejadas en todo el *corpus juris* del DI y sólo se hacen más evidentes y se sistematizan en las diferentes vertientes de la protección internacional de la persona humana, a saber: el DIDH, el Derecho internacional humanitario (DIH), el Derecho internacional de los refugiados (DIR) y el Derecho penal internacional (DPI).¹⁶⁶ Es en estos ámbitos de protección donde se

¹⁶⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *La jurisdicción internacional...*, op. cit., pp. 321 y ss. Sobre el mismo tema: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional", en González Volio, Lorena (ed.) *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, pp. 173 y ss; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit.; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christían, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Sobre las obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos sociales y culturales, en particular respecto al Pacto Internacional, véase el Comentario General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas "La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)". Doc. E/1991/23. En su comentario el Comité considera entre las medidas apropiadas para garantizar tales derechos están los recursos judiciales. En el ámbito académico, los *Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* hacen especial referencia a que en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, "se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales." Además se recuerda que "aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo". Párrs. 3 y 8. Para una revisión amplia de diferentes casos relativos a la justiciabilidad de estos derechos véase: RAMCHARAN, Bertrand G., (ed.) *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Martines Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.

¹⁶⁵ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

¹⁶⁶ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio A., PEYTRINET, Gérard y RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Porrúa, 2003.

encuentra un mayor desarrollo de los principios y normas relativas a los derechos humanos y un desarrollo doctrinal y jurisprudencial más amplio y elaborado, pero de ninguna manera un desarrollo exclusivo.

La dialéctica entre soberanía y derechos humanos, la mayoría de las veces, se ha empleado como una dicotomía excluyente, ya sea para limitar la eficacia o la supervisión internacional de tales derechos o para, en aras de su protección, vulnerar principios fundamentales del sistema internacional como el de no intervención, principalmente a partir de la denominada “intervención humanitaria”.¹⁶⁷

El principio de subsidiariedad que rige las relaciones entre el DIDH y los ordenamientos nacionales, en tanto principio operativo, aporta respuestas claras a tales cuestiones, no desde la óptica de la exclusión de opuestos sino desde la noción de complementariedad entre sistemas, dejando de lado la jerarquización normativa a partir de la distribución de competencias con la finalidad común de hacer efectiva la protección de los derechos frente a cualquier abuso del poder público o privado.¹⁶⁸

En términos generales, el principio de subsidiariedad se emplea para significar que en una comunidad socialmente plural, la unidad social “más grande” debe asumir la responsabilidad del ejercicio de las funciones públicas sólo cuando la unidad “más pequeña” es incapaz de hacerlo.¹⁶⁹ En consecuencia el principio de subsidiariedad es de naturaleza política, que se proyecta al ámbito del derecho público como un principio organizativo por el cual cada instancia debe poder desarrollar con libertad sus competencias y los fines que la caracterizan, en el entendido de que la ayuda de las instancias políticas superiores, secundarias o complementarias, suple la incapacidad de las autoridades de los

¹⁶⁷ Una reflexión general al respecto en: ARCOS RAMÍREZ, Federico, *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, España, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2002; CHORNET, Ramón, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1995; FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

¹⁶⁸ Cfr. DEL TORO HUERTA, Mauricio, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano,” en Manuel Becerra (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM-IIIJ, México, 2007, pp. 23-61.

¹⁶⁹ En su sentido literal, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *subsidiariedad* es la “tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias” y el término *subsidiario* (del latín *subsidiarius*), se aplica “a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal.” *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Ed., T. II, España, Espasa, 2000, p. 1912.

niveles inferiores o primarios en la medida de sus necesidades.¹⁷⁰ En este sentido, la noción de subsidiariedad es susceptible de una triple interpretación que conlleva a ideas diferentes pero vinculadas: lo secundario, lo supletorio y lo complementario.¹⁷¹

La idea de subsidiariedad supone la existencia de diferentes niveles de organización con finalidades comunes aunque no necesariamente idénticas, que requieren de una recíproca cooperación, en tanto que los límites de cada una de ellas no están delimitados con nitidez y sus competencias concurren o se complementan en determinado momento, aunque mantienen sus propias competencias y características. Como destaca Johan Callewaert, la idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables.¹⁷²

La existencia de una finalidad común y la eficacia de los mecanismos establecidos en los diferentes ordenamientos jurídicos para el cumplimiento de la misma es la razón de ser del principio de subsidiariedad. Como considera Paolo Carozza, la idea de subsidiariedad es aplicable ahí donde no puede decirse que una comunidad sea capaz de alcanzar sus objetivos comunes de manera autosuficiente y existe una comunidad mayor, siendo que no existe una comunidad autosuficiente en la actualidad.¹⁷³

En consecuencia, el principio de subsidiariedad opera cuando una instancia primaria no puede alcanzar el resultado pretendido y la instancia secundaria, o bien sustituye o bien complementa las medidas adoptadas por la primera con la finalidad de alcanzar tales resultados. “En todo caso, el mecanismo de sustitución no tiene porque implicar la

¹⁷⁰ Cfr. CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi Editorial, España, 2001, pp. 44 y 45; PETZOLD, Herbert, “The Convention and the Principle of Subsidiarity” en R. St. J. MACDONALD, *et al.* (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1993, pp. 41-62; CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, op cit., pp. 45 y ss. Díez-Hochleitner, Javier y Martínez Caodevila, Carmen, *Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2001, pp. 65 y ss; MANGAS MARTÍN, Araceli y Liñan Nogueras, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 118 y ss; HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 3th Ed., Oxford Clarendon Press, Great Britain, 1994, pp. 161 y ss.

¹⁷¹ Cfr. CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, op. cit., pp. 33-35.

¹⁷² CALLEWAERT, Johan, “La Subsidiarité dans L’Europe des Droits de L’Homme: La Dimension Substantielle” en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L’Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, p. 16.

¹⁷³ CAROZZA, Paolo G., “Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law”, *Am J In’L*, 2003, Vol. 97, No.1, p. 57.

exclusión o desaparición del poder de la instancia deficiente”.¹⁷⁴ En este sentido, la subsidiariedad constituye un mecanismo de reforzamiento de la comunidad primaria.

El principio de subsidiariedad deriva del reconocimiento de la dignidad humana, tanto en el sentido de que el Estado no debe intervenir indebidamente en la esfera de libertad y autonomía de los individuos, como en el sentido de que el Estado debe garantizar el ejercicio de sus derechos y la eficacia de los mismos frente a otros individuos y frente al propio Estado. En consecuencia, la subsidiariedad es un principio de organización social que, independientemente de la forma de gobierno que adopte cada comunidad, coordina las competencias a fin de garantizar el cumplimiento de las metas comunes, dando preferencia a aquellos órganos de gobierno más cercanos al ciudadano, que pueden garantizar en primer lugar la eficacia de las normas respectivas.

En el ámbito del derecho internacional y comunitario, el principio se aplica respecto de entidades u organismos supranacionales que refuerzan la actuación de las entidades estatales. En este sentido, los órganos complementarios tienen, por un lado, el deber de abstenerse de intervenir cuando las autoridades primarias han cumplido eficazmente sus obligaciones y, por el otro, el derecho y la obligación de hacerlo cuando la autoridad primaria carezca de los medios necesarios para llevar a cabo con eficiencia una determinada acción o haya incumplido un deber.

En el ámbito del DIDH no existen propiamente competencias concurrentes o simultáneas entre las instancias nacionales e internacionales (como sí sucede en el ámbito del derecho penal internacional) sino que se deja a las autoridades nacionales la tarea de garantizar, en primera instancia los derechos y libertades internacionalmente reconocidos y sólo ante el incumplimiento de cualquiera de los deberes internacionales de las autoridades estatales es que las instancias internacionales están facultadas para intervenir.

La subsidiariedad, en tanto principio funcional entre instancias situadas en diferente nivel de operación, supone una fórmula "neutra" que puede justificar interpretaciones diferentes y que da lugar a argumentos tanto de tipo "ascendente" como de tipo "descendente". De esta forma, una interpretación ascendente del principio da prioridad a criterios de eficacia, bien común e interés general, mientras que una interpretación

¹⁷⁴ CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, op. cit., p. 35.

descendente otorga más peso a criterios como la proximidad, la autonomía o la independencia.¹⁷⁵ Ante todo, como considera Alicia Chicharro, estamos en presencia de un principio que busca el equilibrio entre injerencia y no-injerencia, autoridad y libertad atendiendo a las circunstancias concretas”, a fin de distribuir las tareas tomando en cuenta la pluralidad de sujetos y la naturaleza de la propia función a realizar.¹⁷⁶

En el ámbito del DI, estas interpretaciones pueden suponer, por un lado, una visión abierta al sistema internacional (ascendente) o, por el otro, una visión restrictiva basada generalmente en nociones estrechas del principio de soberanía estatal (descendente). No obstante, en el ámbito del DIDH si interpretamos este principio conjuntamente con otros (tales como los principios de humanidad, universalidad o interdependencia), la subsidiariedad necesariamente responde a la naturaleza propia del ordenamiento jurídico en cuestión y supone dejar atrás viejos dogmas para efecto de establecer mecanismos efectivos de protección de los derechos más fundamentales, independientemente de si estos pertenecen exclusivamente al orden interno o comparten una naturaleza internacional. La mejor y más efectiva protección a los derechos humanos será el criterio determinante para considerar el sentido en que ha de utilizarse una interpretación ascendente o descendente del principio de subsidiariedad. La actuación efectiva de los mecanismos nacionales o internacionales define la aplicación de este principio y son generalmente las instancias internacionales las que en ejercicio de sus competencias definen en última instancia la forma en que el principio se aplicará en cada caso.

De esta forma, el principio de subsidiariedad en el marco del DIDH supone que, en principio, los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁷⁷

En conjunto, en el ámbito del DIDH –como se verá más adelante–, el principio de subsidiariedad se proyecta tanto en los aspectos sustantivos en la aplicación e interpretación

¹⁷⁵ Cfr. CHICHARRO LÁZARO, A., *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, op. cit., pp.42-43.

¹⁷⁶ *Ídem*, p. 44.

¹⁷⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme », *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083.

de los derechos humanos, como respecto de las cuestiones procesales manifiestas principalmente en la aplicación de la regla de agotamiento previo de los recursos internos y en el funcionamiento de los mecanismos nacionales e internacionales de protección.

Al analizar la relación entre los principios de soberanía y subsidiariedad se debe tener presente que el proceso de internacionalización de los derechos humanos motivó el surgimiento de un nuevo principio constitucional en el derecho internacional: el principio general de respeto y garantía de los derechos humanos. La aplicación de este principio repercute en múltiples áreas del DI, "humanizándolo", y conlleva necesariamente a la modificación de la forma de entender la soberanía estatal.¹⁷⁸

Desde esta perspectiva, como enfatiza el profesor Carrillo Salcedo, la soberanía aunque pervive como un principio constitucional del ordenamiento internacional adopta características distintas, en tanto que si bien no ha sido desplazada como principio constitucional del derecho internacional, si se ha erosionado y relativizado. En este sentido, soberanía y derechos humanos "coexisten e interaccionan recíprocamente".¹⁷⁹

Esta coexistencia implica que los operadores jurídicos nacionales son los primeros protagonistas del sistema internacional de protección de los derechos humanos y los principales obligados a respetar y hacer respetar los derechos internacionalmente reconocidos. Por ello, los jueces nacionales actúan como agentes del derecho internacional en el orden interno; son ellos los que en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales hacen

¹⁷⁸ La importancia y consolidación creciente del principio de humanidad y el consecuente proceso de humanización del derecho internacional ha sido destacado por diferentes autores, entre ellos destaca el Curso General de la Academia de La Haya de Derecho Internacional del profesor Antonio A. Cançado Trindade "*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*", impartido en el verano de 2005 en donde se destaca la importancia creciente y la presencia permanente de ciertas consideraciones básicas de humanidad en el derecho internacional [*Recueil des Cours*, vols. 316 y 317 (2005)]. En el mismo sentido, el profesor Theodor Meron se refirió en su Curso General de la Academia de La Haya a la influencia de la protección de los derechos humanos en el derecho internacional. [MERON, T., "International Law in the Age of Human Rights", *Recueil des Cours*, vol. 301 (2003)] y el profesor José Antonio Pastor Ridruejo, destacó también en su Curso General en La Haya la importancia del proceso de humanización del derecho internacional a la par de otros procesos que acompañan la evolución del ordenamiento internacional tales como su moralización, socialización y democratización. Cfr. « Le Droit International á la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs », *Recueil des Cours*, volume 274 (1998), pp. 294 y ss.

¹⁷⁹ Estas tensiones dialécticas entre ambos principios se manifiestan tradicionalmente en la adopción, ratificación, aplicación o cumplimiento de los tratados internacionales, así como en la formulación de reservas, declaraciones interpretativas y en la aceptación de las competencias de instancias judiciales o cuasi-judiciales para la garantía en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, e incluso en la propia creación de órganos judiciales internacionales. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 178.

efectivos ante los gobernantes y los ciudadanos los compromisos que el Estado, como entidad soberana y como parte de la comunidad internacional, ha adquirido frente a otros Estados, frente a la comunidad internacional en su conjunto y frente a los propios individuos sujetos a su jurisdicción. En los últimos años se habla también del control de convencionalidad como una consecuencia de las obligaciones internacionales de los Estados.

Es por ello que, como estima el profesor Carrillo Salcedo, la tensión dialéctica entre soberanía de los Estados y los derechos humanos se resuelve en la fórmula siguiente: "por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto". En otras palabras, la soberanía pervive como principio constitucional del orden internacional, sin embargo, con el reconocimiento de los derechos humanos a partir de la Carta de las Naciones Unidas y de los desarrollos normativos que posteriormente han tenido lugar, el DI ha penetrado progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que "el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado."¹⁸⁰

Sobre esta base, se afirma que el principio de humanidad es el alfa y el omega de la soberanía, su causa y su razón de ser.¹⁸¹ En su dimensión interna, la soberanía supone no sólo la estructuración del poder político en competencias entre órganos del Estado sobre una base territorial y un vínculo personal (nacionalidad), sino también la idea según la cual el titular de la soberanía es el pueblo (soberanía popular), lo que confiere legitimación al ejercicio del poder y hace posible el principio de representación popular. En su dimensión externa, la soberanía constituye un estatus particular que confiere derechos y obligaciones, en particular el derecho a la libre determinación y la integridad territorial, pero también supone la atribución de derechos y obligaciones específicos, entre ellos el de proteger y garantizar los derechos humanos de su población, sin discriminación alguna.

Como destaca el juez Cançado Trindade, en su opinión separada en la opinión consultiva de la CIJ sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo:

180 CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 185.

181 Cfr. PETERS, Anne, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 3, pp. 513-544. Así como los comentarios de Emily Kidd White, Catherine Sweetser, Emma Dunlop y Amrita Kapur, y la réplica a los mismos. *Idem*, pp. 545-573.

176. No State can invoke territorial integrity in order to commit atrocities (such as the practices of torture, and ethnic cleansing, and massive forced displacement of the population), nor perpetrate them on the assumption of State sovereignty, nor commit atrocities and then rely on a claim of territorial integrity notwithstanding the sentiments and ineluctable resentments of the “people” or “population” victimized. [...] The basic lesson is clear: no State can use territory to destroy the population. Such atrocities amount to an absurd reversal of the ends of the State, which was created and exists for human beings, and not vice-versa.

[...]

184. Recent developments in contemporary international law were to disclose the dimensions both external and internal of the right of self-determination of peoples: the former meant the right of every people to be free from any form of foreign domination, and the latter referred to the right of every people to choose their destiny in accordance with their own will, if necessary – in case of systematic oppression and subjugation - against their own government. This distinction challenges the purely inter-State paradigm of classic international law. In the current evolution of international law, international practice (of States and of international organizations) provides support for the exercise of self-determination by peoples under permanent adversity or systematic repression, beyond the traditional confines of the historical process of decolonization. Contemporary international law is no longer insensitive to patterns of systematic oppression and subjugation.

[...]

199. States, created by human beings gathered in their social milieu, are bound to protect, and not at all to oppress, all those who are under their respective jurisdictions. This corresponds to the minimum ethical, universally reckoned by the international community of our times. States are bound to safeguard the integrity of the human person from systematic violence, from discriminatory and arbitrary treatment. The conception of fundamental and inalienable human rights is deeply-engraved in the universal juridical conscience; in spite of variations in their enunciation or formulation, their conception marks presence in all cultures, and in the history of human thinking of all peoples.¹⁸²

Desde esta perspectiva, el “nuevo rostro” de la soberanía pone énfasis en la responsabilidad del Estado respecto de sus obligaciones internacionales. Así se habla de una nueva soberanía basada en la responsabilidad (*sovereignty as responsibility to protect*),¹⁸³ que enfatiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de

¹⁸² I.C.J. Advisory Opinion. *Accordance with International Law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, 22-07-2010, No. 141. *Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade*.

¹⁸³ Cfr. International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect* (2001), disponible en <http://www.iciss.ca/report-en.asp>. En el informe se destaca: “La soberanía de un Estado conlleva responsabilidades e incumbe al propio Estado la responsabilidad principal de proteger a su población.” Asimismo, véase el Documento final de la Cumbre Mundial 2005, aprobado en la Resolución 60/1 de la Asamblea General, el 24 de octubre de 2005, párs. 138-139. En general, KUNADT, Nadja, “The

los Estados, y por la imposibilidad de pensar en un Estado soberano como una entidad completamente autonomía, sin vínculos y límites jurídico-internacionales.¹⁸⁴ Asimismo, se considera que el proceso de mundialización ha traído consigo una modificación del concepto de soberanía y la ha orientado hacia una soberanía relativa e interrelacionada. Se abre paso un concepto de soberanía como participación (*sovereignty as participation*);¹⁸⁵ una soberanía basada en la responsabilidad de los gobiernos frente a sus ciudadanos y frente a la comunidad internacional en un contexto de globalidad y creciente interrelación. A diferencia del modelo tradicional de entender la soberanía estatal en términos de "derechos soberanos", este nuevo rostro de la soberanía enfatiza más los "deberes soberanos" de los Estados, esto es los deberes internacionales que el Estado ha de cumplir en el ejercicio de su jurisdicción.¹⁸⁶

Es en el contexto de dicha tensión dialéctica entre soberanía y derechos humanos donde el principio de subsidiariedad juega un papel de primera importancia. De hecho, el principio de subsidiariedad implica un abandono de la concepción tradicional del DI y de la relación entre éste y los ordenamientos internos basados en la concepción voluntarista de la soberanía estatal. Al respecto, Paolo Carozza considera:

As in the European Union, international law subsidiarity can be understood to be a conceptual alternative to the comparatively empty and unhelpful idea of state sovereignty. The principle of subsidiarity provides an analytically descriptive way to make sense of a variety of disparate features of the existing structure of international human rights law, from the interpretive discretion accorded to states, to the relationship of regional and universal systems, while also justifying the necessity of international cooperation, assistance, and intervention. In fact, subsidiarity fits international human rights law so well

Responsibility to Protect as a General Principle of International Law” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 187-226.

184 Cfr. CHAYES, Abram y HANDLER CHAYES, Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 27.

185 Cfr. SLAUGHTER, *The New World Order*, op. cit., p. 34. “This concept of sovereignty as participation, or status, means that disaggregated sovereignty would empower government institutions around the world to engage with each other in networks that would strengthen them and improve their ability to perform their designated government tasks individually and collectively.”

186 Cfr. STACY, Helen, "Relational Sovereignty", en *Stanford Law Review*, May 2003, pp. 2030, 2031 y 2045. Sobre el nuevo rostro de la soberanía véase: ALIKHAN, L. *The Extinction of National-States without Borders*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996; MacCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, 1999; KREIJEN, Gerard (ed.), *State, Sovereignty and International Governance*, Oxford University Press, 2002; PERREZ, Franz Xaver, *Cooperative Sovereignty. From Independence to Interdependence in the structure of International Environmental Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.

*that the basic values of the principle can reasonable be regarded as already implicitly present in the structure of international human rights law.*¹⁸⁷

La subsidiariedad antepone el interés general y el bien común del que participan los individuos, los Estados y la comunidad internacional manifestado en la conformación del DIDH. Asimismo, el principio de subsidiariedad juega un papel central respecto de las consideraciones de universalidad y respeto al pluralismo cultural. Como afirma Paolo Carozza: *"The principle of subsidiarity [...] gives us a conceptual tool to mediate the polarity of pluralism and the common good in a globalized world and helps us make sense of international human rights law."*¹⁸⁸

La idea de subsidiariedad en el marco del DIDH, dada su propia naturaleza, excluye cualquier consideración que suponga que la protección internacional de los derechos humanos es una acción de injerencia. La aplicación del DIDH responde a criterios objetivos (definidos por los diferentes derechos y deberes internacionales) y no a meras tendencias políticas predominantes en un momento dado en las sociedad estatales. En materia de derechos humanos no opera el principio de dominio reservado y, por tanto, las instancias internacionales tienen competencia para conocer de las violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales respectivos cometidas por las autoridades estatales (con su apoyo o aquiescencia).

El principio de subsidiariedad parte de las premisas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos pero también del reconocimiento de la pluralidad cultural e institucional que caracteriza a la comunidad internacional. Es por ello que la doctrina del "margen de apreciación" y la regla de previo agotamiento de los recursos internos son expresiones del principio de subsidiariedad en sus diferentes dimensiones.

En su aspecto institucional, el principio de subsidiariedad supone la existencia de instancias de carácter secundario, supletorio y complementario. Asimismo, en su aspecto operativo el principio supone hablar de complementariedad, flexibilidad y autonomía. En el marco del DIDH este último aspecto no parece generar mayores dudas, y está claro que en el ámbito del DI las instancias nacionales son autónomas de las internacionales y viceversa.

¹⁸⁷ CAROZZA, Paolo G., "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", *Am J In'L*, 2003, Vol. 97, No.1, p. 40.

¹⁸⁸ *Ídem*, p. 38.

2.2. El constitucionalismo contemporáneo: la apertura constitucional al DIDH

El constitucionalismo contemporáneo es otro fenómeno complejo, variable y constituye una de las tendencias más significativas en la “evolución” del Derecho público.¹⁸⁹ El constitucionalismo proyecta el modelo de Estado Constitucional como la forma de gobierno más acorde con el contexto de apertura que la mundialización requiere, pues no sólo se proyecta hacia al exterior en forma de Estado cooperativo, ampliando además su sistema de fuentes sino que, al mismo tiempo, fortalece los mecanismos de garantía, en especial, de las garantías jurisdiccionales, representadas principalmente en la conformación de tribunales constitucionales.¹⁹⁰ A su vez, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conformación de jurisdicciones constitucionales imponen a los jueces nuevos y más destacados roles en la configuración del ordenamiento jurídico y del modelo estatal que configuran otra tendencia global marcada por la creciente “judicialización de la política” fenómeno que, como se verá más adelante, se proyecta tanto en el ámbito interno como en el internacional en circunstancias diversas pero con consecuencias complementarias.¹⁹¹

Las transformaciones derivadas de los procesos de globalización han tenido un impacto también en el derecho constitucional y hacen necesario “captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales.”¹⁹² El constitucionalismo, como tendencia creciente en los regímenes democráticos, se caracteriza por situar a los derechos

¹⁸⁹ Cfr. ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights alter Globalization*, Oxford & Portland, Oregon, 2005.

¹⁹⁰ Para una revisión global de esta tendencia CELOTTO, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, enero-junio, 2004, pp. 3-14; en el mismo sentido, respecto del continente europeo véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, España, 2002. Asimismo, sobre los modelos latinoamericanos FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coords) *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, España, 1997.

¹⁹¹ Cfr. DEL TORO HUERTA, Mauricio, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

¹⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 51. Véase también COSSÍO, José Ramón, “Constitucionalismo y Globalización” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 235. Sobre el impacto de la globalización en el derecho constitucional véase también: CASCAJO CASTRO, José Luis, “Constitución y Derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario, Enero, 2004, pp. 17 y 22.

fundamentales como centro y eje del ordenamiento jurídico, pero no de una forma cerrada y predeterminada sino con un proceso abierto a las circunstancias cambiantes del mundo global. Esto hace además que se considere a los derechos fundamentales, en tanto límites al poder, como la dimensión sustantiva de todo régimen democrático frente a cualquier ejercicio contrario del poder, inclusive del poder mayoritario de la legislatura o de cualquier otro poder público o privado.¹⁹³

La dignidad humana es –en palabras de Peter Häberle– la “premisa antropológica-cultural” del Estado Constitucional y conduce a la democracia como “consecuencia orgánica” o “organizativa” en tanto que la división de poderes como principio organizativo fundamental deriva de la garantía de la dignidad humana proyectada al pueblo como conjunto libre y plural de ciudadanos.¹⁹⁴

En este sentido, el constitucionalismo tiene por objeto la limitación del poder a través del derecho, por eso se dice que el constitucionalismo es una técnica de la libertad: esa es su misión y su tarea. El derecho constitucional es un derecho de garantías cuya configuración resulta de una suma de experiencias nacionales e internacionales vinculadas con el desarrollo, en tales ámbitos, de los derechos humanos y el régimen democrático de gobierno. La universalización de los derechos del hombre y de la legitimidad democrática conlleva necesariamente a la universalización del Estado constitucional como forma de organización política.¹⁹⁵

193 FERRAJOLI, L, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2ª.ed., Editorial Trotta, España, 2001, pp. 23-50 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, España, 2001. Sobre el denominado neoconstitucionalismo véanse los distintos ensayos recogidos en CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, España, 2003. Sobre los cambios en la concepción y aplicación del derecho en el Estado constitucional: ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Editorial Trotta, España, 1995, pp. 21 y ss. Una aproximación histórica a los diferentes modelos constitucionales en FIAROVANTI, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trad. Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, España, 2001.

194 HÄBERLE, Peter, *Libertad, Igualdad y Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trad. Ignacio Gutiérrez, Editorial Trotta, España, 1988, p. 45; *El Estado Constitucional*, op.cit., pp. 169 y ss. Para una revisión general de la idea y consecuencias de la aplicación del principio democrático, con especial referencia al caso español, véase: CASCAJO CASTRO, José Luis, “El Estado Democrático: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, Septiembre-Diciembre 2003, pp. 115-138.

195 Cfr. VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 177 y 185.

De hecho, el constitucionalismo es una tendencia que no sólo opera al interior de los Estados, sino también en el seno del Derecho internacional, aunque no con la misma intensidad e identidad. De ahí que puedan distinguirse dos inercias o procesos: un constitucionalismo en el ámbito estatal y otro (en diferentes niveles) en el del sistema internacional. Éste último se explica principalmente a partir de una perspectiva funcional, además de institucional, que permite identificar aspectos normativos e institucionales relevantes que sirven como límites a la distribución y ejercicio de funciones regulativas y poderes fácticos (de los Estados, de ciertos órganos centrales u organismos internacionales y de otros sujetos y actores relevantes en el ámbito internacional), así como también como mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, frente a tales agentes. En particular, como veremos, se identifica una jerarquía normativa centrada en la defensa de intereses generales de la comunidad internacional y oponible no sólo a los Estados, sino *erga omnes*, así como un entramado institucional.¹⁹⁶

En el ámbito intra-estatal, la creciente influencia recíproca entre los diferentes ordenamientos jurídicos, así como entre los postulados teóricos del derecho constitucional comparado tejen una amplia red de ideas y valores compartidos que se manifiesta, al menos en ciertas regiones como Europa y América Latina, en una concepción común de ciertos principios considerados como esenciales a todo régimen democrático. Por ello, el derecho constitucional no puede ignorar el proceso de globalización en el que se encuentra inmerso, así como tampoco ser simple instrumento de implementación del modelo capitalista a escala mundial. En consecuencia, tampoco los operadores jurídicos pueden seguir mirando a la constitución como un sistema cerrado al ordenamiento Estatal o sumiso a los dictados de los poderes públicos y privados transnacionales.¹⁹⁷ El debilitamiento de los poderes

¹⁹⁶ Cfr. PAULUS, Andreas, "The International Legal System as a Constitution" en DUNOFF y TRACHTMAN, *Ruling the World?*, op. cit., pp. 69-109.

¹⁹⁷ Es innegable que la dinámica de la globalización económica también impacta en el diseño institucional, en particular en el poder judicial. Desde esta perspectiva "un sistema judicial sirve para asegurar transacciones" y debe evolucionar a medida que cambian los factores externos de la dinámica económica global. Como ilustra José Alberto Garibaldi, los recientes procesos de reforma institucional en América Latina son ejemplo de ello, en particular, los procesos de reforma judicial apoyados por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Tales procesos no siempre han sido del todo exitosos en mucho por la falta de discusión y debate respecto de sus fines y objetivos. En especial porque desde la perspectiva económico-funcional el sistema judicial es visto como un órgano económico y no como un órgano político; sin embargo, la función principal del poder judicial no es garantizar la ejecución de contratos transnacionales sino ser factor de equilibrio entre los poderes públicos y mecanismo de garantía de los derechos fundamentales tanto frente a

públicos derivado del proceso de globalización económica afecta el carácter normativo y el valor simbólico de la constitución si no existen mecanismos de control efectivos de las fuerzas transnacionales.¹⁹⁸

Como señala Giovanni Biaggini, “los mecanismos de protección y control que se aplican a escala del ordenamiento constitucional nacional son útiles y necesarios. Pero se quedan demasiado cortos. Una estrategia para la protección de los objetivos fundamentales debe incluir también el nivel supraestatal.”¹⁹⁹

Derecho constitucional y derecho internacional parecen vincularse con más fuerza, en especial, respecto de la protección de los derechos humanos fundamentales. En este sentido, como afirma Alejandro Saiz Arnaiz, “el proceso de vinculación del Estado contemporáneo al Derecho Internacional es una realidad incuestionable” que sitúa a la dignidad humana como epicentro y fundamento tanto del orden interno como del internacional y que encuentra su reflejo en el constitucionalismo mediante la apertura de los ordenamientos nacionales al DIDH.²⁰⁰

La apertura constitucional al DIDH,²⁰¹ con sus diversas modalidades y limitaciones, es una garantía de eficacia del sistema nacional e internacional de protección de tales

los propios poderes públicos como a los poderes privados. Cfr. GARIBALDI, José Alberto, “El dilema de Fausto: economía, política y cambio institucional en un contexto globalizado” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 95 y ss.

¹⁹⁸ Al respecto apunta Luigi Ferrajoli: “La transición hacia un reforzamiento y no una disolución del Estado de Derecho dependerá de la refundación de la legalidad –ordinaria, constitucional, estatal y supraestatal– a la altura de los desafíos procedentes de los dos aspectos de la crisis [actual del Estado de Derecho, tanto del principio de legalidad como del papel garantista de la constitución].” Ante tal doble crisis Ferrajoli propone, entre otras cosas, la integración jurídica e institucional, como complemento de la integración económica, a partir del desarrollo de un “constitucionalismo sin Estado” o más allá del Estado, en el ámbito supraestatal aunque conservando las formas y garantías constitucionales propias del Estado de Derecho, alternativa políticamente difícil de realizar aunque teóricamente posible. Cfr. FERRAJOLI, L., “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*, *op cit.*, p. 22. Para una visión crítica estos planteamientos véase en el mismo texto: CAMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, pp. 75 y ss.

¹⁹⁹ Cfr. BIAGGINI, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, 2003, p. 66.

²⁰⁰ SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 13.

²⁰¹ Entiendo por “apertura constitucional al DIDH”, la tendencia creciente, a partir principalmente de la segunda posguerra, a incorporar en las constituciones estatales cláusulas que hacen referencia directa al derecho internacional tanto en el aspecto sustantivo como en tanto parámetro de interpretación. Asimismo, es

derechos, en la medida en que ofrece alternativas abiertas a la interpretación constitucional y garantías supranacional a la actuación de los agentes estatales, incluidos los jurisdiccionales que se sitúan, con base en el principio de complementariedad y subsidiariedad del DIDH, como las primeras y principales garantías de los derechos internacionalmente protegidos.

Los jueces nacionales, como mecanismos de garantía, se convierten en operadores primarios en tanto que la protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una “rehabilitación” del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.

La apertura constitucional requiere también de “jueces abiertos” a todas las alternativas de interpretación, jueces que hagan realidad tal apertura en beneficio de los individuos titulares de los derechos fundamentales y, en última instancia y en conjunto, de todos los derechos derivados de la idea de “soberanía popular”.²⁰² Como se destacó hace años respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

*[...] the formal domestic status of the Convention is not of decisive importance for its effective implementation; what really matters is the attitude of the judiciary towards the Convention and their opinion about the division of power between the legislature and the judiciary. It was argued by several speakers that both national and international case-law indicates that this attitude and this opinion are not predominantly determined by the formal domestic status of the Convention.*²⁰³

posible evaluar la apertura constitucional al derecho internacional en general en otros aspectos como son las garantías de cumplimiento de los principios generales y las reglas generales consuetudinarias; las garantías de cumplimiento de los tratados; las disposiciones relativas a la limitación de soberanía por la pertenencia a determinada organización internacional; la referencia a los fines de la comunidad internacional como el mantenimiento de la paz, etc. Cfr. CASSESE, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1985, III*, Tome 192, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 345.

²⁰² Lo anterior adquiere principal relevancia si consideramos que, como señala Peter Häberle, “el fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía popular y la dignidad humana.” *Estado Constitucional*, op. cit., p. 172.

²⁰³ DIJK, P. van, “Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary: the Dutch Case” en NOWAK, M. et al (eds.), *Fortschritt im Bewusstsein der Grund-und Menschenrechte*, N.P. Engel

La “rehabilitación del Estado al servicio del constitucionalismo social y democrático”, como lo estaca Gerardo Pisarello, pasa necesariamente por la reconstrucción pluridimensional del Estado en el entendido de que el Estado sigue siendo el principal espacio de ejercicio y garantía de los derechos fundamentales, donde existe un mayor y más efectivo control de la actuación de los poderes públicos y privados; y, aunque “disminuido”, el Estado sigue siendo el principal actor en la escena internacional. Al mismo tiempo tal rehabilitación requiere el reconocimiento (particularmente de los poderes públicos) de que las instituciones nacionales resultan insuficientes, dado su propio pluralismo interno, para la efectiva protección de los derechos y el adecuado control de las actividades de los poderes privados.²⁰⁴

Esta rehabilitación del Estado frente al nuevo escenario global requiere al menos una nueva articulación entre el derecho interno y el derecho internacional; un replanteamiento de las fórmulas tradicionales de la división de poderes y un mayor alcance y extensión de los derechos fundamentales.²⁰⁵ Asimismo, la positivización, la internacionalización y la especificación de los derechos fundamentales, como marcadas tendencias globales, evidencian la insuficiencia de una tutela de tales derechos exclusivamente estatal y hacen necesaria la apertura constitucional al DI.²⁰⁶

La marcha de la Constitución hacia esferas supraestatales es una consecuencia de la internacionalización de la política y el derecho.²⁰⁷ Este doble proceso de ida y vuelta entre lo nacional y lo internacional es más evidente en las constituciones de la segunda posguerra

Varleg, Kelh-Strasbourg-Arlington, 1988, pp. 631-650 (p. 631-632), cit. en HOOFF, Fried van, “Internacional Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?”, *op cit.*, p. 57.

²⁰⁴ PISARELLO, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derecho: las Vías del Consomopolitismo Jurídico”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 239 y ss.

²⁰⁵ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “‘Globalización’ y Transición del Estado Nacional”, en en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, *op. cit.*, p. 270.

²⁰⁶ Tales tendencias se enfrentan en ocasiones con otras, tales como ciertos tipos de relativismo cultural y ciertas reivindicaciones del principio de soberanía estatal cuando se expresan en términos dogmáticos e ideológicos. ROLLA, Giancarlo, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, no. 54, septiembre-diciembre, 1998, pp. 39 y ss. El mismo texto también en *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 34.

²⁰⁷ Cfr. BIAGGINI, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”, *op. cit.*, p. 54.

que introducen cláusulas de apertura al DIDH y referencias directas a instrumentos internacionales o a la interpretación evolutiva de tales derechos. Esta interacción entre tratados internacionales y orden interno, como apunta Karl-Peter Sommermann, “se propaga en círculos concéntricos: en el nivel nacional se desarrollan nuevos derechos, que irradian sobre el nivel jurídico-internacional para, desde allí, volver a repercutir sobre el Derecho estatal, y viceversa [...] También cada vez más los Estados interpretan sus derechos fundamentales a la luz de esos tratados internacionales.”²⁰⁸

La *rigidez* del constitucionalismo clásico empieza a ceder terreno a una constitución más abierta y plural y tiende puentes hacia lo que José Joaquim Gomes Canotilho denomina como “red de interconstitucionalidad”.²⁰⁹ Esta concepción más abierta de la constitución es congruente con la concepción de la teoría de la constitución como ciencia de la cultura²¹⁰ y con el modelo de Estado constitucional cooperativo que propone Peter Häberle, sobre la base de que los Estados constitucionales (en general los europeos aunque no solamente ellos) se encuentran en una fase en la que cada vez más dependen del Derecho internacional y de la cooperación política y jurídica con el exterior.

En este sentido Häberle considera que, en tanto el trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo sean los derechos fundamentales y humanos, una “sociedad abierta” merece solamente tal calificativo “si es una sociedad abierta a lo internacional.” Ello implica un debilitamiento de la distinción entre lo interno y lo externo “a favor de una apertura hacia el exterior” reflejado en diversos textos constitucionales que hacen necesario pensar en la configuración de una “comunidad

208 SOMMERMAN, Karl-Peter, “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948” en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 109.

209 La teoría de la interconstitucionalidad estudia las relaciones interconstitucionales, es decir la concurrencia, convergencia, yuxtaposición y conflicto de varias constituciones y de varios poderes constituyentes en el mismo espacio político. Como recuerda Gomes Canotilho, siguiendo a Paulo Rangel, a teoría de la interconstitucionalidad postula “la articulación entre constituciones, la afirmación de poderes constituyentes con fuentes y legitimidades diversas” y la “comprensión de la fenomenología jurídica y política favorable al pluralismo de ordenamientos y de normatividad”, por ello, “es una forma específica de la interorganización política y social.” Cfr. GOMES CANOTILHO, J., *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 45 y ss.

210 Desde esta perspectiva, la Constitución “en vigor” se entiende como algo vivo, como obra no sólo de legisladores, jueces o juristas, sino una gama más amplia de intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Cfr. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, España, 2000, pp. 62 y ss.

universal de los Estados constitucionales”, en tanto que un Estado constitucional “no puede desentenderse de representar ‘hacia fuera’ los mismos valores que considera en lo interno como elementos de su identidad y de su concepción de sí mismo. Aunque puede haber aquí y allá Estados autoritarios y totalitarios en el mundo, el Estado constitucional se encuentra en una comunidad responsable hacia sus semejantes con respecto al mundo y a sus seres humanos.”²¹¹ Estado constitucional cooperativo “se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad”.²¹²

A este modelo de Estado cooperativo, en lo político y en lo jurídico, se opone lo que Häberle denomina “Estado egoísta”, autorreferente, cerrado y replegado sobre sí mismo, agresivo las más de las veces en su actitud preferentemente frente y hacia el exterior.²¹³ Por ello se afirma que el Estado constitucional cooperativo, aún no totalmente realizado, como el propio profesor de Bayreuth reconoce, es aquel que de forma activa se ocupa de los demás Estados, así como de las demás institucionales nacionales y supranacionales.²¹⁴

De esta forma, el Derecho constitucional “no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional”, ambos se interrelacionan de manera complementaria, en una suerte de “Derecho común de cooperación” que no se sustenta en la alternativa del llamado “primado” del Derecho internacional ni tampoco la del Derecho interno del Estado, “sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del Derecho internacional y de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del Derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible.”²¹⁵

²¹¹ HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, op. cit., pp. 68-76.

²¹² HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, España, 2002, pp. 257-258.

²¹³ Aunque existe la tendencia hacia el establecimiento del modelo de Estado cooperativo, esta se enfrenta a otras expresiones y modelos “cerrados” que insisten en argumentos basados en el principio de “soberanía estatal” y en “razones soberanas” por lo que existen diferentes grados de cooperación estatal que no pueden ser ignorados. Cfr. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, op. cit., p. 266.

²¹⁴ HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, op. cit., p. 261.

²¹⁵ *Ídem*, p. 263.

Esta nueva relación de complementariedad y cooperación entre el interior y el exterior supone también la adopción de modelos abiertos de “recepción jurídica”,²¹⁶ que reconocen la pluralidad de fuentes normativas y hacen del derecho comparado la “quinta vía hermenéutica”, como la denomina Häberle, en donde la jurisprudencia constitucional, incluyendo la de los tribunales supranacionales e internacionales juegan un papel central.²¹⁷ Ello supone una mejor aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos por los órganos internos así como una mayor eficacia de las sentencias y resoluciones de instituciones supranacionales.

Como destaca, por su parte, Giancarlo Rolla, en el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un “círculo virtuoso”, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica. “En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional.”²¹⁸

216 HÄBERLE, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica” *op. cit.*, p. 156. Se habla de recepción “total” o “parcial” ya sea de un texto, una sentencia o una doctrina jurídica. La recepción no significa simple “reproducción”, “imitación” o “esclavización” sino un proceso abierto y creativo de adaptación de lo externo en lo interno de forma plural. Además la recepción se plantea como un proceso de “ida y vuelta” en el que la reproducción, asimilación e integración aparecen como procesos recíprocos.

217 En palabras del propio Häberle: “en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la *comparación* de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación [...] la comparación jurídica debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales”. Cfr. HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*, *op. cit.*, pp. 162 y ss. En el mismo sentido George Bermann considera que el derecho comparado y el derecho internacional son las dos “ventanas” (*fenêtres*) por las que el derecho nacional mira el exterior y que, en el contexto de la mundialización, exigen una reconfiguración para servir como parámetros complementarios a los sistemas nacionales desde una perspectiva de globalidad indispensable en el mundo actual. Cfr. BERMANN, G., “Le Droit Comparé et le Droit International: Alliés ou ennemis? La Conférence”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, Juillet-septembre, 2003, pp. 519 y ss.

218 Tal proceso tienen lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas consuetudinarias y se puede llevar a cabo a través de tres técnicas de incorporación del derecho internacional al orden interno: la incorporación directa mediante cláusulas constitucionales expresas; la incorporación indirecta llevada a cabo por la jurisprudencia por vía interpretativa; y la denominada “*mirrored or equivalent incorporation*”, que reproduce en los textos internacionales las disposiciones de los instrumentos internacionales. Cfr. ROLLA, Giancarlo,

En segundo lugar –continúa el profesor de Siena–, “el proceso de ósmosis favorece la creación de un derecho común, utilizable tanto por los órganos supranacionales como por los nacionales, derecho común que constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional.” Dicho resultado se alcanza, tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales. Esto genera, en tercer lugar, la ampliación del catálogo de derechos reconocidos en el ámbito nacional.²¹⁹ De esta forma se deja abierto el catálogo a nuevos desarrollos internacionales o nacionales de acuerdo con las necesidades y reivindicaciones particulares que el proceso cultural genere.²²⁰

En este modelo de Estado constitucional, con clara vocación garantista,²²¹ es fundamental el papel que tienen asignado los jueces nacionales (en particular los constitucionales) en la protección de los derechos humanos dado que, como se reconoce ampliamente, “la forma más evolucionada de protección de los derechos fundamentales es la jurisdiccional.”²²²

“Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, no. 54, septiembre-diciembre, 1998, p. 65.

²¹⁹ *Idem*, p. 66.

²²⁰ BECERRA, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006 y DENZA, Eileen, “The relationship between international and national law” en EVANS, Malcolm (ed.), *International law*, UK, Oxford University Press, 2003, pp. 415-442. Algunos ejemplos de textos constitucionales abiertos al DI [entre ellos, España (art. 10.2), Portugal (arts. 8 y 16), Francia (arts. 53 y 55), Alemania (arts. 24 y 25), Italia (art. 10), Grecia (arts. 2 y 28), Holanda (arts. 90, 92 y 93), Bolivia (art. 14), República Dominicana (arts. 26 y 74), Venezuela (arts. 19 y 23), Chile (art. 5.2), Argentina (art. 75. 22), Nicaragua (art. 3), México (arts. 1 y 133), Guatemala (art. 46), Costa Rica (arts. 7 y 48); Perú (art. 205), Colombia (art. 93), Brasil (arts. 4, 5 y 6), Ecuador (art. 17 y 18), Etiopía (arts. 9 y 13), Ghana (arts. 40 y 73) Sudáfrica (sección 39); Bosnia y Herzegovina (Preámbulo, arts. II, IV) Albania (arts. 4 y 8); Estonia (art. 3); Lituania (art. 135); Polonia (arts. 9 y 87), Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), Reino Unido (*Human Rights Act*)] están disponibles en <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/> y <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/constudies.html>; http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa. También véase: PYLEE, M.V. *Constitutions of the World*, 2ª ed., Universal Law Publishing, Delhi, 2003.

²²¹ Cfr. PEÑA, FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, España, 1997, pp. 227 y ss.

²²² Cfr. CARBONELL, Miguel, “Estudio Introductorio” en ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 12. Esta posición privilegiada del juez es una de las características particulares del Estado constitucional como modelo garantista. Al respecto véase, entre otros, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pp. 25 y ss; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Editorial Trotta,

Como bien señala Giancarlo Rolla, en los sistemas actuales, “el juez se considera como una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la carta constitucional reconoce a las personas individuales, a los grupos y a las estructuras organizadas de la sociedad.”²²³ Al mismo tiempo, la apertura constitucional al derecho internacional expande las potencialidades garantistas del juez nacional, al tiempo que, como se verá en el siguiente apartado, refuerza la tendencia a la “judicialización” del derecho nacional e internacional hacia y desde el exterior de los ordenamientos estatales, entre ellos y con el derecho internacional.

En este sentido, la apertura constitucional es un proceso en dos dimensiones. En su dimensión interna se expresa, entre otras cosas, en la ampliación de la variedad de fuentes normativas y en la ampliación de los sujetos en tanto intérpretes de la constitución, lo que Häberle denomina, “la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”.²²⁴ En su dimensión externa, la apertura constitucional representa el canal principal de interrelación entre ordenamientos jurídicos y es la plataforma sobre la cual puede despegar una serie de interrelaciones mucho más significativas entre los actores públicos, en tanto posibilita la conformación de redes de comunicación transjudicial que a su vez potencializan la función judicial, más allá de los modelos cerrados, parroquiales o egoístas.

Por otra parte, el constitucionalismo contemporáneo, al concebir la normativa constitucional como un sistema abierto a los diferentes principios que dotan de sentido al ordenamiento y refuerzan el contenido material de la constitución, refuerza el papel de la argumentación en los procesos de aplicación e interpretación del derecho. Como afirma Luis Prieto Sanchís, si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que debe asumir la argumentación o el razonamiento jurídico, si argumentar equivale en último término a justificar, “el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación”, ya no es suficiente con apelar a la

España, 1995, pp. 131 y ss; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2003.

²²³ ROLLA, G., “Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional” en *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 132.

²²⁴ Cfr. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996, pp. 15-46. Del mismo autor también *El Estado Constitucional*, op. cit., pp. 149 y ss.

autoridad del órgano y al procedimiento, sino que es preciso también acudir a los contenidos materiales que sustentan el ordenamiento.²²⁵

En consecuencia, en el escenario actual del Estado constitucional la aplicación de los derechos fundamentales forzosamente se acompaña de su interpretación. En ello, como ya se mencionó, el derecho comparado y el DI juegan una especial importancia. Desde esta perspectiva, son muchas las formas en que los jueces nacionales pueden implementar los derechos humanos internacionales.²²⁶

Sin embargo, es preciso distinguir entre las distintas posibilidades de realización técnicas y las posibilidades de realización políticas o culturales. Mientras las primeras dependen de las formas de incorporación del derecho internacional al orden interno, de la jerarquía de las normas internacionales, esto es de los mecanismos legislativos o constitucionales formalmente previstos; los segundos, por su parte, dependen de la voluntad de los operadores, ya sea legislativos para adoptar las medidas legislativas correspondientes o de los judiciales para hacer efectivos los derechos reconocidos. Tal voluntad jurídico-política se encuentra determinada muchas veces por elementos ideológicos fuertes y por circunstancias culturales e históricas particulares.²²⁷ Por ello se dice que “la aportación de

225 Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2003, pp. 133-134.

226 La capacidad del juez constitucional de implementar los derechos de la persona a través de recurrir a las codificaciones internacionales se manifiesta en diferentes modalidades, entre ellas destacan: a) al aplicar directamente como parámetro del propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la ley ordinaria; b) al aplicar el principio de que, en caso de conflicto, las normas internacionales deben considerarse, en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias; c) al utilizar el criterio de interpretación constructiva o conforme, con base a la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional; y d) al apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permite con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho. ROLLA, G., “Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional”, *op. cit.*, pp. 179-180.

227 El en ámbito del sistema interamericano, el juez Antonio Cançado Trindade, destacó la especial importancia de la necesidad de un verdadero “cambio de mentalidad” en los tribunales superiores de casi todos los países de América Latina. Al respecto el jurista brasileño en un voto concurrente destacó que “Una nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.” *Caso “La Última Tentación de Cristo”*. (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, pár. 37.

los tribunales constitucionales a la ampliación de las posiciones subjetivas merecedoras de tutela requiere, sin embargo, para que sea eficaz, que sean satisfechos algunos requisitos esenciales, como la adhesión a un método interpretativo común, la existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.”²²⁸

En los últimos años, un nuevo escenario se ha incorporado rápidamente a la discusión sobre el papel de los jueces nacionales en tanto operadores y garantes del derecho internacional: el control de convencionalidad, según el cual los jueces están obligados a velar por la observancia de los derechos reconocidos en los tratados internacionales y a ejercer de oficio un control de la legislación interna conforme con el derecho internacional, de forma tal que pueden dejar sin efectos normas internas contrarias a los compromisos internacionales. Sobre este tema se volverá más adelante, pero conviene dejarlo apuntado desde ahora como una de las herramientas prácticas más efectivas en manos de los jueces nacionales para garantizar un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales.

2.3. La judicialización del derecho nacional e internacional

La judicialización del derecho es otro de los rasgos característicos de la organización política en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional. Tal tendencia generalizada tanto en los sistemas que siguen la tradicional del denominado *common law*, como en los regímenes de tradición civilista (*civil law*), responde a su vez a otros fenómenos que no necesariamente tienen explicaciones estrictamente jurídicas, sino también políticas, sociológicas y culturales.

Como se señaló en el apartado anterior, el constitucionalismo contemporáneo al situar como eje del Estado constitucional la protección de los derechos de la persona

²²⁸ ROLLA, G., “Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional”, *op. cit.*, pp. 179-180.

humana y su garantía, coloca a los jueces nacionales (en particular los constitucionales) en una posición central dada la importancia de la garantía jurisdiccional.²²⁹

Existen diferentes factores que hacen que en la actualidad el poder judicial en la mayor parte del mundo tenga una participación más activa en la vida política, económica y social y que muchas decisiones que para algunos debería tomar el poder ejecutivo o el legislativo sean dictadas por jueces en ejercicio de sus competencias.²³⁰ A este fenómeno se le ha denominado como de “judicialización de la política” y está determinado por distintos factores internos y externos, así como por influencias reciprocas que en conjunto han provocado la expansión global del poder judicial. Tal proceso de judicialización, por sus consecuencias políticas y jurídicas, constituye una de las tendencias más significativas de los últimos años y ha sido motivo también de fuertes críticas.²³¹

En el mismo sentido, Kate Malleson señala: “*The increasing judicialisation of political life has been a feature common to all liberal democracies in recent years. It is a change which affects not just the legal system and those who come before the courts but amounts to a redistribution of power throughout the political system in favour of the judiciary.*”²³²

229 Cfr. HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England, 2004.

230 En este sentido recuerda Perfecto Andrés Ibáñez: “No es extraño que en coyunturas difíciles, el legislador, en vez de afrontar legislativamente de forma decidida alguna cuestión particularmente problemática, la remita deliberadamente a los jueces con el encargo implícito de que lleguen en su tratamiento hasta donde la mayoría no se había atrevido a llegar. En otros casos, lo producido es el tratamiento exclusivamente judicial de algún grave fenómeno de desviación, al omitirse toda otra clase de actuaciones preventivas o de respuestas.” ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, noviembre, 2003, p. 31.

231 TATE, C. Neal y VALLINDER Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, USA, 1995, p. 2 y ss. Como apunta Torbjörn Vallinder: “*When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside. To put it briefly, we refer to the ‘judicialization of politics’ [...] The judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.*” Cfr. VALLINDER, Torbjörn, “When the Courts Go Marching In” en *The global expansion of judicial power*, cit., p. 13.

232 MALLESON, Kate, *The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate-Dartmouth Publishing Company, USA, 1999, p. 21.

Si bien la tendencia creciente a la expansión del poder judicial es una experiencia común a prácticamente todas las democracias modernas, ésta varía en su intensidad dependiendo del ordenamiento jurídico, la tradición jurídica, la formación profesional y la conciencia judicial que cada país tenga. En su fundamento sin embargo, la cuestión parece ser la misma, en palabras de Alec Stone: “*The protection of human rights is a central purpose of modern [...] constitutionalism, and constitutional judges are the agents of that purpose*”²³³ Estas palabras, si bien referidas a Europa, se consideran aplicables a cualquier otro régimen democrático que presente la forma de un Estado constitucional que sitúe a los derechos como su fundamento. Asimismo, la judicialización no sólo es una tendencia al interior de los Estados sino también un fenómeno creciente en el escenario internacional.²³⁴

Este proceso de judicialización de la política se inscribe en el marco de regímenes democráticos, en los que la actividad política se hace cada vez más visible y, por tanto, debatible, cuestionable.²³⁵ Esto exige del sistema mecanismos eficaces para la protección de los derechos que pueden ser vulnerados con el ejercicio del poder.

Las democracias modernas tienden a restringir el ejercicio de lo que Luigi Ferrajoli denomina los “poderes salvajes”, sean estos públicos o privados.²³⁶ La constitución se transforma, a los ojos de todos los actores políticos, en el símbolo supremo de la construcción ideológica-cultural que sustenta al Estado y adquiere a su vez carácter normativo pleno y directa aplicación. La constitución como norma se impone, pero la imposición misma está mediatizada por la interpretación constitucional.²³⁷ Los jueces constitucionales o supremos, en cada caso, tienen la última palabra porque son ellos los

²³³ Cfr. STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, USA, 2000, p. 29.

²³⁴ Cfr. GUARNIERI, Carlos y PEDERZOLI, Patrizia, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*, Taurus, España, 1999 y FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley” en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLV, núm. 184, enero-abril, 2002.

²³⁵ A diferencia de los regímenes no democráticos en los cuales gran parte de los conflictos sociales se resuelven por acuerdos políticos ajenos a la voluntad de todos los actores, o se reprimen mediante el uso arbitrario de la fuerza pública, los regímenes democráticos requieren la presencia de un poder judicial fuerte, debidamente limitado por los otros poderes, en un sistema de pesos y contrapesos que permita el desarrollo armónico y eficaz de la vida social.

²³⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, Colombia, 2001.

²³⁷ Cfr. LAFUENTE BALLE, José Ma.; *La judicialización de la interpretación constitucional*, Editorial COLEX, España, 2000.

encargados, en último término, de aplicar e interpretar la constitución.²³⁸ Asimismo, la constitución en tanto norma está garantizada por mecanismos jurisdiccionales, en particular, por los tribunales constitucionales que fijan y determinan la interpretación constitucional, aunque los jueces ordinarios juegan también una función primordial de garantía en el sistema constitucional, principalmente en aquellos que permiten el control difuso o abstracto.²³⁹

Desde esta perspectiva, el proceso de “judicialización de la política” se manifiesta en la creciente autonomía e independencia del poder judicial, respecto de los poderes ejecutivo y legislativo; en el incremento de situaciones y actividades que se consideran justiciables, esto es, en la ampliación de competencias de los órganos jurisdiccionales; en la introducción de formas de control de constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, y en el cambio cualitativo de la actividad del juez que ha pasado de ser un mero ejecutor de la ley a ser un “creador” de derecho.²⁴⁰

Aunque cuestionables en ocasiones y aunque en efecto existan situaciones de mayor o menor discrecionalidad judicial, en general las facultades judiciales no implican

²³⁸ Aunque, es preciso decirlo, no son los únicos. La interpretación de la constitución en un proceso abierto a todos los actores políticos en lo que Peter Häberle considera como “la sociedad abierta de intérpretes de la constitución”. Cfr. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996.

²³⁹ Cfr. PRIETO SANCHIS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 107 y ss. En palabras de este autor: “Porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no sólo en los de naturaleza política que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial.” Si bien las decisiones legislativas siguen vinculando al juez lo hacen a través de la interpretación constitucional: así los jueces cumplen la función constitucional de modelar el conjunto de la vida social. *Idem.*, pp. 120-121.

²⁴⁰ Esta postura es discutible y ha generado acalorados debates sobre la función “creadora” del juez, la división de poderes, la consideración de los tribunales constitucionales como legislador negativo y su condición de poder contramayoritario. Aquí nos interesa más que entrar a tales debates mostrarlos como elementos del mismo fenómeno de judicialización de la política. Sobre el carácter contramayoritario de los jueces véase: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Carbonell, M. y García, L., *El canon neoconstitucional*, Trotta-III/UNAM. Madrid, 2010, pp. 285-355; FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; RIVERA, Mauro A. “Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario” en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm., 22, enero-junio 2010, pp. 223-260, y VÁZQUEZ CARDOZO, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario” en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, 2008, pp. 377-401.

necesariamente un ejercicio arbitrario del poder judicial, pues tales facultades se desarrollan dentro de un marco argumentativo y normativo de naturaleza constitucional, sustantiva y procesal, y bajo principios jurídicos preexistentes.²⁴¹

A diferencia de los otros poderes públicos, el juez desarrolla su tarea dentro de un marco de vínculos procesales que caracterizan su función.²⁴² Tales vínculos se encuentran garantizados por el propio sistema y convierten al juez en sujeto pasivo de obligaciones concretas, principalmente aquellas tendentes a garantizar el debido proceso y la independencia de la función jurisdiccional. Las instancias internacionales juegan un rol central en este proceso de supervisión y contribuyen a un mejor y mayor control de los posibles excesos del poder judicial.

La judicialización tiene su base fundamental en la “juridización de la vida social”. Ello es así porque sin una base legal es muy difícil que el sistema judicial actúe, y más aún en sistemas jurídicos en los que la interpretación judicial ha estado relegada a un segundo plano.²⁴³ Como señala Perfecto Andrés la ampliación del área de la legalidad o de la juridicidad de los derechos conlleva necesariamente a la ampliación del campo de lo justiciable.²⁴⁴ Dicha “juridización” o “normativización” implica el establecimiento de estándares y pautas normativas y, en consecuencia, la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que

²⁴¹ Cfr. RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, México, 2001.

²⁴² Cfr. ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, noviembre, 2003, p. 35.

²⁴³ La juridización de la vida social corresponde también a una forma de intromisión del Estado en la esfera privada y en esta medida la judicialización, si bien garantiza el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, el cumplimiento de obligaciones y el equilibrio de poderes, también limita los cauces de participación y diálogo intersocietal. Aunque esto puede ser positivo respecto de ciertas prácticas antidemocráticas y represivas, no debe soslayarse que la práctica de resolver conflictos ante tribunales o ante otras instancias implica intercambios culturales y que, en ocasiones, el grado de *litigiocidad* depende de estándares culturales, esto es, de la forma en que son percibidos en determinada cultura tanto el proceso judicial como los tribunales estatales. Mientras en determinadas sociedades la alternativa de solución de conflictos a través de los tribunales es el camino natural de cualquier controversia, en otras, la salida que ofrecen los tribunales puede ser vista como el fracaso de otros mecanismos tradicionales de solución de conflictos. En este sentido, el papel que se atribuya a la actividad del Estado en la sociedad será determinante para comprender la función de los tribunales y la perspectiva intercultural se convierte en una herramienta que permite visibilizar el contexto a fin de salvaguardar valores culturales. Cfr. TARUFFO Michele, “Dimensioni transculturali della giustizia civile” en *Revista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè Editore, Anno LIV, Fasc. 4, 2000 y, DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

²⁴⁴ Cfr. ANDRES IBÁÑEZ, P., “Derecho y justicia en el siglo XXI...”, *op. cit.*, p. 30.

consagran determinados derechos.²⁴⁵ En palabras de Carlos Guarnieri: “la inflación legislativa incrementa la creatividad jurisprudencial”.²⁴⁶

En definitiva, el proceso de “judicialización de la política” puede verse y estudiarse desde distintas perspectivas de carácter no excluyente; esto es: como un proceso derivado de reformas al sistema jurídico en que la constitución adquiere un carácter normativo pleno (no sólo, pero sí preponderantemente a través de la jurisdicción constitucional, por ejemplo, con la creación de jurisdicciones constitucionales y mecanismos de revisión constitucional); como un proceso tendente a garantizar un mayor equilibrio de los poderes públicos, es decir, a garantizar mecanismos de control del ejercicio del poder, independientemente del órgano o entidad, pública o privada, que lo ejerza; y, finalmente, como un mecanismo de restricción de los actores sociales en la solución de problemas de naturaleza política.²⁴⁷

Otra forma de explicar la tendencia a la judicialización de la política, sugiere la existencia no sólo de elementos normativos, como los cambios establecidos por el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, sino también como respuesta a fenómenos complejos derivados de procesos culturales más amplios. Así, John Ferejohn identifica dos causas generales de la judicialización: la primera es una creciente fragmentación del poder dentro de las ramas políticas que limita la capacidad de los órganos legislativos y la segunda, la consideración de los tribunales como los mecanismos de garantía más efectivos para la protección de los derechos fundamentales.

La primera causa, identificada como “hipótesis de la fragmentación” supone la inoperancia de los agentes políticos para resolver sus conflictos, en particular los partidos políticos y las legislaturas, y la búsqueda de soluciones en otras instancias que garanticen

²⁴⁵ El término “juridización” tal como aquí se utiliza no pretende modificar la naturaleza de la conducta que se regula y en ese sentido “juridizar” es sinónimo “normatizar” aunque hay autores que distinguen claramente una de otra. Al respecto Manuel Aragón considera más correcto decir “que la mayor parte de la actividad social está ‘normatizada’, en lugar de acudir a la confusa palabra ‘juridificada’, que al no distinguir entre objeto del derecho y derecho en sí, a tantas tergiversaciones puede dar lugar.” ARAGÓN, M., *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 210.

²⁴⁶ GUARNIERI, Carlos y PEDERZOLI, Patrizia, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*, Taurus, España, 1999, p. 19.

²⁴⁷ Cfr. César RODRÍGUEZ, *Estudio preliminar. La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, Santa fe de Bogotá, 1997, pág. 17. En México, uno de los autores que más ha estudiado esta temática es Héctor FIX-ZAMUDIO. Cfr. “La justicia constitucional y la judicialización de la política” en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Segunda edición, México, 2001, pp. 641 y ss

un nivel mayor de certeza y seguridad, tales como los tribunales. La segunda causa se identifica con la estimación generalizada (tanto de la población en general, como de los poderes públicos y de los propios jueces) que considera a los tribunales como instancias adecuadas y efectivas para proteger ciertos derechos frente a los abusos de los poderes públicos o privados. Lo que Ferejohn denomina la “hipótesis de los derechos”.²⁴⁸

Mientras que la “hipótesis de los derechos” se asocia con el desarrollo del Estado constitucional y el papel de la jurisdicción en la protección de los derechos fundamentales, la “hipótesis de la fragmentación” se relaciona con aspecto más complejos de carácter cultural y político derivados del contexto de la globalización. Así, dentro de la denominada “hipótesis de la fragmentación” el federalismo y la división de poderes son formas de situaciones institucionales complejas que diversifican las formas de ejercicio del poder y por tanto que orientan la mirada al judicial como institución más apta para resolver los conflictos derivados de tales situaciones. En palabras de Ferejohn: “La hipótesis de la fragmentación implica que los tribunales tienen mayor libertad de acción cuando las ramas políticas están demasiado fragmentadas para tomar decisiones con efectividad. En tales casos, la formulación de políticas tiende a gravitar hacia instituciones que puedan resolver disputas con efectividad”.²⁴⁹

Ello es así también porque la ausencia de orientadores efectivos requiere de actores que impongan sentido en sociedades cada vez más fragmentadas política e ideológicamente.²⁵⁰ Desde esta perspectiva el “resurgimiento del poder judicial” en las sociedades contemporáneas responde, no sólo a las transformaciones del Derecho constitucional y los nuevos equilibrios entre poderes públicos y privados, sino también a la transformación que las nuevas relaciones sociedad-Estado producen en los individuos y en su concepción del orden jurídico. Los jueces se sitúan como “instituciones intermedias” en el plano simbólico y hermenéutico al reducir la complejidad del sistema jurídico producto

²⁴⁸ Cfr. FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley” en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLV, núm. 184, enero-abril, 2002, p. 32-33.

²⁴⁹ Cfr. FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley”, op cit., p. 38. Esta fragmentación se relaciona también con la denominada “crisis de consenso” de los actores políticos destacada por Guarnieri y Pederzoli. Cfr. GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política*, op. cit., p. 24.

²⁵⁰ Cfr. THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de Poderes Hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pp. 230-231.

de una reglamentación excesiva, mediante la interpretación de los enunciados normativos.²⁵¹

Finalmente, debe considerarse al pluralismo dentro de los factores que propician el mayor activismo judicial, pues como señala Mauro Cappelletti, el pluralismo implica necesariamente la diversificación de las fuentes normativas, la generación de mayores conflictos y la necesidad de mecanismos de solución de los mismos, los cuales no pueden ser otros que los tribunales tanto nacionales como internacionales.²⁵²

Ahora bien, si es verdad que la creación de tribunales constitucionales ha sido la forma más inmediata de judicializar el derecho constitucional y con él la vida del Estado, no ha sido la única. Como señala John Ferejohn en el proceso de judicialización de la política “tan importante como la invención de tribunales constitucionales es la creación de instituciones judiciales supranacionales”.²⁵³ En particular la jurisdicción comunitaria y la relativa a la protección de los derechos humanos.²⁵⁴

251 Ello es así, si se considera que la excesiva reglamentación legislativa requiere cada vez más de criterios de interpretación que derivan en última instancia en una relativización de los valores. “Esta relativización de los sistemas de valores y esquemas de interpretación produce lo que Berger y Luckmann han denominado la pérdida de lo dado por supuesto. Sucede entonces que ‘el mundo, la sociedad, la vida y la identidad personal son cada vez más problematizados. Pueden ser objeto de múltiples interpretaciones y cada interpretación define sus perspectivas de acción posible. Ninguna interpretación, ninguna gama de posibles acciones puede ser ya aceptada como única, verdadera e incuestionablemente adecuada...’ [...] Para afrontar las crisis de sentido de carácter estructural que afectan a las sociedades contemporáneas es necesario el desarrollo de fuerzas portadoras de sentido que puedan contener la diáspora.” Para ello, Berger y Luchmann proponen el fortalecimiento de lo que denominan “las instituciones intermedias” que actuarían como intermediarias entre las grandes instituciones y el individuo, transmitiendo reservas de sentido desde la cima hacia la base y también en el sentido inverso. Sólo estos mecanismos reductores de complejidad permitirían la coexistencia del pluralismo y la funcionalidad del sistema. Los jueces, principalmente los de última instancia (constitucionales o superiores), en tanto autoridades legítimas, serían esas “instituciones intermedias” en el ámbito jurídico y contribuirían a la reconstrucción de un universo simbólico y normativo como referente de intersubjetividad social, al definir en última instancia el sentido y alcance de lo jurídico. Cfr. BERGER, Peter y LUCHMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*, Paídos, Barcelona, 1997, pp. 30-36 cit. en THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de Poderes Hoy*, op. cit., p. 231.

252 CAPPELLETTI, Mauro, “Balance of Powers, Human Rights, and Legal Integration: New Challenges for European Judges” en CLARK, David, (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 344.

253 Cfr. FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley”, op. cit., p. 15.

254 Cfr. FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley”, op. cit., p. 16; RUBIO LLORENTE, Francisco, “Divide et obtempera?. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 67, enero-abril, 2003, pp. 49-67; MÜLLERSON, Rein, FITZMAURICE, Malgosia, ANDENAS, Mads (Eds), *Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe*, Kluwer Law International, London, 1998.

Al respecto, como señala Francisco Rubio Llorente, “existe un fenómeno de la convergencia de jurisdicciones, en tanto que los titulares de los derechos son los mismos y los contenidos son idénticos o análogos. Por ello, tal convergencia si bien no es necesariamente total, pues existen otros derechos justiciables, es inevitable.”²⁵⁵

En este ámbito, como considera José Luis Cascajo, parece deseable un correcto funcionamiento del “necesario principio de subsidiariedad entre jurisdicciones”, así como una generosa aplicación de la jurisprudencia internacional en el orden interno de los Estados. Desde esta perspectiva el potencial de la jurisprudencia internacional para establecer “normas mínimas comunes” es de la mayor importancia.²⁵⁶

Los principios de complementariedad y subsidiariedad deben pensarse no en la lógica tradicional de la mera aplicación (parcial y subjetiva) del derecho internacional sino con base en la finalidad última de cualquier régimen democrático de proteger los derechos fundamentales y garantizar la igualdad de participación y disfrute de los mismos. Por ello, cuando se analiza el rol de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos (sean estas judiciales o cuasi-jurisdiccionales) debe tenerse en cuenta que de lo que se trata no es de multiplicar el número de instrumentos de protección para hacerlas al final costosas (en tiempo y en dinero) e inaccesibles, sino, por el contrario, de poner a disposición de cada vez más hombres y mujeres mecanismos de protección efectivos y fácilmente accesibles. Siendo estos por su propia naturaleza y circunstancias las instancias internas.

De ahí también la importancia de la protección preventiva de los derechos humanos que realizan los jueces nacionales en tanto mecanismos primordiales de garantía. El adecuado y efectivo ejercicio de la función judicial hace innecesario recurrir a las instancias internacionales y evita la saturación de las mismas. En regímenes poco democráticos, cerrados, con tendencias restrictivas a la interpretación y aplicación del DIDH de poco sirven las cláusulas de apertura constitucional o el reconocimiento de jurisdicciones internacionales, pues el individuo tendrá que recorrer un largo camino antes de ver

²⁵⁵ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Divide et obtempera?. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 67, enero-abril, 2003, p. 51 y ss.

²⁵⁶ Cfr. CASCAJO CASTRO, J., “Constitución y Derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, *op. cit.*, p. 25.

garantizado sus derechos. Además en nada contribuye al sistema internacional la impugnación mecánica ante instancias internacionales y la saturación de éstas con reclamos notoriamente improcedentes.

Lo anterior es importante porque no necesariamente el progreso en la protección o reconocimiento de los derechos humanos en el plano internacional se traduce automáticamente en el ámbito interno y viceversa, incluso donde existen cláusulas de apertura constitucional. Además existen riesgos también en la pluralidad de instancias internacionales sin la consecuente efectividad de las instancias internas.²⁵⁷ Por ello, Pierre-Henri Imbert considera, no sin cierto extremismo, que la “multiplicación de los mecanismos internacionales –que dan plenitud a los tratados– es al mismo tiempo un avance irrefutable y una señal de fracaso.”²⁵⁸ Esto es así, desde su punto de vista, cuando desde una comprensión simplista (aunque frecuente) de la protección internacional se considera que el Estado, por sí mismo, solo, no puede respetar los derechos humanos, ni cumplir sus obligaciones como parte contratante de los distintos tratados internacionales, y por ello los mecanismos internacionales “suplen” o “subsanan” tal limitación, al parecer “endémica” de los Estados.

Esto sin embargo, en opinión de Pierre-Henri Imbert, no es ni debe ser así, por distintas razones.

Está claro que el control internacional aporta una serie de elementos irremplazables: muchas de las reformas y mejoras no hubieran podido ser llevadas a cabo sólo por los jueces internos (de ello es prueba clara la jurisprudencia relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos). No obstante, tal internacionalización no debe diluir ni hacer desaparecer la responsabilidad de esos jueces así como de las demás autoridades internas. No debemos perder de vista un principio fundamental [...] como es el de la subsidiariedad. Asegurar protección eficaz de los derechos humanos es obligación que incumbe en primer lugar al Estado contratante y a sus tribunales. La instancia internacional sólo debe intervenir como último recurso, como verdadera última medida.²⁵⁹

²⁵⁷ De lo que se trata, apunta Sommermann, no es de multiplicar el número de instrumentos de protección, sino de poner a disposición de cada vez más personas mecanismos de protección efectivos y fácilmente accesibles. Cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter, “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948”, *op. cit.*, p. 111.

²⁵⁸ IMBERT, Pierre-Henri, “Los derechos humanos en la actualidad”, en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 76.

²⁵⁹ *Ídem.*, pp. 76-77.

La excesiva creencia en la ineficacia de las instancias estatales (en ocasiones plenamente justificada) puede generar (como lo evidencia el caso Europeo, a partir de la entrada en vigor el Protocolo No. 11 al Convenio y del sistema de presentación directa de denuncias individuales) la acumulación y saturación de asuntos presentados ante los órganos de protección que, por una parte, pueden paralizar a los tribunales supranacionales y, por la otra, pueden conducir a la pérdida progresiva de confianza en las jurisdicciones internas.²⁶⁰ En ello juega un papel fundamental la labor del juez nacional, el cual al ejercer su función de conformidad con la constitución y los tratados internacionales respetivos garantiza no sólo los derechos de los ciudadanos sino también la adecuada operatividad del sistema internacional. Los Estados además deben garantizar la existencia de recursos internos efectivos, la compatibilidad de su legislación interno y la plena ejecución de las sentencias internacionales, incluyendo aquellas que suponen la reapertura de procesos judiciales internos.²⁶¹ En este sentido, como estima Pierre-Henri Imbert “hay que evitar que el individuo considere que no se le ha hecho verdaderamente justicia en tanto no se hayan pronunciado las instancias internacionales. Por el contrario, deben hacerse todos los esfuerzos necesarios para reforzar la independencia y autoridad de los tribunales internos.”²⁶²

260 A raíz de esta problemática se adoptó el Protocolo No. 14 que reforma el Convenio Europeo y que establece, entre otras cosas, un mecanismo más riguroso para la revisión de la admisibilidad de las reclamaciones al incorporarse la actuación de jueces en lo individual (Single-judges). Tal como se expresa en la exposición de motivos del Protocolo No. 14 al Convenio Europeo, si bien el Protocolo No. 11 contribuyó a la efectividad del sistema y mejoró significativamente el acceso de los individuos al Tribunal Europeo, lo cierto es que ese hecho y el incremento considerable en el número de Estados Partes del Convenio (principalmente países de la Europa del Este) provocaron que el número de peticiones se multiplicara de forma significativa al grado de poner en riesgo la efectividad del propio sistema. *Cfr.* Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention (CETS No. 194), Explanatory Report. Disponible <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>

261 Al respecto véanse las recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de mayo de 2004 en su Sesión 114: Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies” y “Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights.” Asimismo, la “Recommendation No. R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights” adoptada el 19 de enero de 2000. El texto de las recomendaciones está disponible en la página electrónica del Consejo de Europa: http://wcd.coe.int/t/CM/home_en.asp.

262 IMBERT, Pierre-Henri, “Los derechos humanos en la actualidad”, op. cit., p. 77.

Esta labor, de evitar la pérdida de legitimidad del sistema en su conjunto, sin duda corresponde, en primera instancia a los jueces nacionales, aunque no sólo a éstos.²⁶³ Por ello, en el escenario actual marcado por la creciente internacionalización, no es suficiente con la adopción, por parte del constituyente o legislador, de cláusulas de apertura constitucional sino que es también necesaria una apertura de la concepción tanto del ordenamiento jurídico como de la función judicial.²⁶⁴ La apertura constitucional al DIDH para ser realmente efectiva requiere además la implementación de leyes y la modificación de prácticas incompatibles con las normas internacionales, pero también la consecuente apertura de los propios jueces constitucionales, de los jueces en general y de todos los demás operadores jurídicos.²⁶⁵

Al respecto, es preciso que los jueces tengan una actitud personal y una conciencia

263 Existe también fuertes críticas al creciente protagonismo judicial, en especial, respecto del papel legitimador que se le atribuye. Al respecto Pedro de Vega considera que la conversión de los jueces y, en general, de los instrumentos de garantía en mecanismos legitimadores del sistema constitucional, “lejos de otorgar racionalidad al mundo político y social, termina convirtiéndose en la prueba más palpable de las contradicciones y las limitaciones de unas formas de organización de la vida pública que acaban siendo víctimas de sus propios planteamientos”. En palabras del profesor de Vega asistimos por doquier “al protagonismo de los órganos judiciales y de control. No dudan en ocasiones múltiples los gobiernos en acudir a ellos para salvar la legitimidad democrática difuminada y destrozada en el ejercicio cotidiano del poder.” Lo anterior, se convierte en ocasiones en una búsqueda desesperada de legitimidades perdidas. Tal situación resultante de una falsa idealización de la constitución como norma inmutable y legitimadora de todo el orden social deja de lado la importancia del principio democrático y la imperiosa necesidad de establecer mecanismos de garantía frente a cualquier poder. Cfr. VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *op. cit.*, p. 195.

264 Conviene aquí recordar que si bien en el plano formal existe una tendencia clara a la apertura de las Constituciones nacionales al DIDH también es cierto que se ha producido una mayor apertura a normas y disposiciones mercantiles no siempre claras, en muchas ocasiones impuestas por poderes privados y públicos transnacionales, adoptadas en reuniones no institucionalizadas y por lo tanto al margen de cualquier control jurídico o político dada la ambigüedad de sus efectos, en su mayoría extrajurídicos. En este contexto, el papel de los jueces nacionales en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales juega un papel relevante y contribuye a reforzar la protección internacional, generalmente limitada en estos aspectos, en tanto que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente queda excluida de la lógica del capitalismo global. Cfr. PISARELLO, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derecho: las Vías del Cosmopolitismo Jurídico”, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

265 En este punto, conviene tener presente que la legitimidad de la jurisdicción (*jurisdictio*) radica esencialmente en su *auctoritas*, y ésta inevitablemente se ve disminuida cuando las distintas jurisdicciones llegan injustificadamente a soluciones distintas. Por ello, y dado que la coexistencia de jurisdicciones distintas no es necesariamente pacífica, la dualidad da lugar a intereses “institucionales” distintos, frecuentemente contrapuestos como consecuencia de las tensiones que surgen de la relación entre ambas jurisdicciones y que eventualmente las llevan, o pueden llevarlas, a buscar la alianza de los actores específicamente políticos lo que debilitaría aún más a la función judicial “politizándola”. Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 67, enero-abril, 2003, pp. 49 y ss.

común de su rol en el proceso político y jurídico. Al respecto apunta C. Nael Tate: “*even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of judicialization of politics requires that judges have the appropriate personal attitudes and politics preferences or values, especially relative to the values of other decision makers.*”²⁶⁶

Ello nos lleva a distinguir dos aspectos de una misma dinámica de judicialización. Por un lado, desde un “micro-nivel” de análisis, deben destacarse los comportamientos individuales de los jueces, esto es su activismo o retraimiento judicial; por el otro, desde un “macro-nivel”, las estructuras sociales e institucionales dentro de las cuales tales comportamientos individuales tienen lugar. Sin la existencia de éstas últimas es difícil que exista un activismo judicial eficaz. Al mismo tiempo, la ausencia de “activismo judicial” puede llevar a la ineficiencia del diseño institucional.²⁶⁷ La conciencia del rol del juez en el constitucionalismo contemporáneo es fundamental.²⁶⁸ El Estado constitucional cooperativo del que habla Häberle, requiere de jueces “abiertos” que conciban a la constitución no como una normativa estática en el tiempo sino como un proceso público abierto y evolutivo.²⁶⁹

Esto nos remite también a la cuestión de la educación judicial, tanto la que los jueces aportan como la que reciben. Al respecto se dice que “los jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de las cortes constitucionales, consistente en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.” Además, “los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, si

²⁶⁶ Para N. Tate: “*Under otherwise favorable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions.*” Cfr. TATE, C. N., “Why the Expansion of Judicial Power?”, en *The Global Expansion of Judicial Power*, cit., p. 33.

²⁶⁷ Sobre el particular, de manera general véase: STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, USA, 2000, pp. 4-5.

²⁶⁸ Aquí me refiero al activismo judicial de carácter liberal o cosmopolita que promueve los valores del constitucionalismo, la democracia, el pluralismo, la protección de los derechos humanos y la defensa de los derechos sociales y colectivos, a diferencia de un “activismo conservador” que procura, mediante un formalismo jurídico mantener el *statu quo*. Cfr. CAMPOS BERNAL, Hebel Joel, “El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro” en AA. VV., *Control constitucional y activismo judicial*, Hebel Campos (ed.), Perú, Ara Editores, 2003, pp. 309-317.

²⁶⁹ Cfr. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales...”, *op. cit.*, p. 30.

tenemos en cuenta que su jurisprudencia, en materia de derechos fundamentales, constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones.”²⁷⁰ Por ello, y más, en el momento actual educación y globalización son cuestiones fundamentales para el constitucionalismo y los derechos humanos.²⁷¹

El valor de la enseñanza, la promoción y la difusión de la jurisprudencia debe orientarse mediante un adecuado “sentido pedagógico de la jurisprudencia” en el que el diálogo sea el factor de enriquecimiento mutuo. Diálogo entre la sociedad (en su sentido más abierto y plural) y el Estado, entre la ciudadanía y los jueces y entre ellos. Un diálogo hacia todas las coordenadas posibles, un diálogo vertical y horizontal. Un diálogo abierto y plural, responsable e informado, sin formalismos; en fin, un diálogo tendente a la formación, promoción y consolidación de una sociedad abierta de intérpretes de los derechos fundamentales acorde con las exigencias del modelo de globalización actual.²⁷²

2.3.1. La multiplicación de tribunales internacionales

La tendencia a la judicialización de la política en el plano internacional se asocia con la creciente multiplicación o “proliferación” de tribunales internacionales o, lo que es lo mismo, la multiplicación de tribunales internacionales confirma la tendencia a la

²⁷⁰ Cfr. ROLLA, G., “Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional”, *op. cit.*, pp. 159 y 163. Este autor destaca también el importante papel de los jueces en las transiciones políticas al señalar que. “En particular es importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales.” *Ídem.*, p. 164. Sobre éste último tema también: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición a la democracia” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 45, noviembre, 2002.

²⁷¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, *op. cit.*, pp. 42 y ss; CLIFFORD WALLACE, J., “Globalization of Judicial Education” en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 28 (2003), pp. 355-364.

²⁷² Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication” en Franck, T. y Fox, G. (ed.) *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, USA, 1996, pp. 37-69 y “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, Num. 1, Winter, 2003, pp. 191 y ss. Véase también MALLESON, Kate, *The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate-Dartmouth Publishing Company, USA, 1999, p. 21.

judicialización en el ámbito internacional.²⁷³ Este tema ha sido motivo de amplia reflexión por parte de la doctrina internacional.²⁷⁴ Dicho fenómeno de judicialización del ordenamiento internacional ha llegado a ser reconocido como uno de los avances más significativos en el desarrollo del derecho internacional.²⁷⁵ En palabras de Cesare Romano:

*When future international legal scholars look back at international law and organizations at the end of the twentieth century, they probably will refer to the enormous expansion and transformation of the international judiciary as the single most important development of the post-Cold War age.*²⁷⁶

Tal multiplicación de instancias internacionales en el plano universal como regional supone a su vez un incremento en la complejidad del sistema internacional y un elemento adicional

²⁷³ En términos generales, como señala Cesare Romano siguiendo a Christian Tomuschat, se considera que para que un "órgano judicial internacional", pueda ser considerado como tal, debe cubrir al menos cinco criterios básicos. Primero, debe ser permanente; esto es que su existencia no dependa de las circunstancias particulares de un caso determinado. En segundo lugar, debe ser establecido mediante un convenio internacional o con base en un tratado. Tercero, debe aplicar de forma primordial el derecho internacional en la solución de la controversia. Cuarto, debe resolver los diferentes casos de conformidad con las reglas del procedimiento previamente estipuladas. Finalmente, sus resoluciones o sentencias deben ser legalmente obligatoria para las partes, salvo que se trate de opiniones consultivas. No obstante, tales criterios deben ser considerados de forma flexible, dadas las características del sistema internacional. Cfr. ROMANO, Cesare, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of The Puzzle", *International Law and Politics*, Vol. 31, pp. 713-715; OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", *op. cit.*, p. 69.

²⁷⁴ Cfr. BUERGENTHAL, Thomas, "International Law and the Proliferation of International Courts" en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. V, 2001, pp. 33-43; OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions" en J.a. Frowein and R. Wolfrum (eds.) *Maw Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 5, 2001, pp. 67-104; DUPUY, Pierre-Marie, "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international" en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, pp. 259-281; CHARNEY, J. I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", en Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 271 (1998) Martinus Nijhoff Publishers, pp. 101-382; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, "La aplicación judicial del Derecho Internacional: sectorización, algunas consecuencias y la necesidad del compromiso con la justicia" en *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, España, 2003, ALFORD, Roger P. "The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance", *94 Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, pp. 160 y ss. Véanse los trabajos presentados en el symposium sobre "Proliferation of International Tribunals: piecing together the puzzle" en *31 New York University Journal of International Law and Politics (N.Y.U. J. INT'L L. & POL)*, No. 4, summer, 1999 y los trabajos presentados en el número especial del *Texas International Law Journal* dedicada al "Symposium: Judicialization and Globalization of the Judiciary" (*38 Tex. Int'l L.J.*, Special 2003).

²⁷⁵ Para mayor información sobre los diferentes tribunales internacionales véase el sitio web del *Project on International Courts and Tribunals* (www.pict-pcti.org). Asimismo, véase *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, que desde el año 2001 recopila una síntesis y comentarios de los principales fallos dictados anualmente por algunos de los más importantes tribunales internacionales.

²⁷⁶ ROMANO, Cesare P.R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of The Puzzle", *op. cit.*, p. 709.

de diversificación de la normativa y de su interpretación. Diversificación que en el ámbito regional se ve acentuada en virtud de que los tribunales regionales se ven más influenciados por los sistemas jurídicos y las prácticas locales que las instancias judiciales de carácter universal.

Para algunos autores este desarrollo normativo en el plano sustantivo, procesal e institucional supone la conformación de un nuevo derecho de los tribunales internacionales y su organización, como una nueva disciplina que deber ser estudiada de forma autónoma y no englobarse en la categoría general tradicional del "arreglo pacífico de las controversias internacionales".²⁷⁷ Ello toda vez que la multiplicación de tribunales internacionales responde a un incremento considerable en la especialización de los diferentes ámbitos del DI, en su codificación y en su organización, que no admite una respuesta uniforme.²⁷⁸ Dicha especialización se agudiza mediante la creación de instancias judiciales internacionales que a su vez producen una entramada red de jurisprudencia. Como constata el profesor Pierre-Marie Dupuy: «*la multiplication des juridictions internationales est le signe le plus évident de la diversification matérielle et organique de l'ordre juridique international.*»²⁷⁹

277 ROMANO, C., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of The Puzzle", *op. cit.*, p. 711. En el modelo de sistema internacional no existe una obligación para someter los conflictos jurídicos a una instancia judicial específica sino tan sólo una obligación general de solucionar pacíficamente las controversias a partir de cualquier medio pacífico que estimen las partes oportuno (p.e. negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, el recurso a organismos regionales u otros medios pacíficos. Art. 33 de la Carta de la ONU). El artículo 2.3 de la Carta dispone "los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia". Asimismo, la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* [Res. 2625 (XXV)] subraya que el arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios" no considerándose el recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por las partes como incompatible con la igualdad soberana. Sobre esta obligación la CIJ ha señalado que tiene tanto naturaleza convencional como consuetudinaria y que es indispensable respetar en el mundo contemporáneo. (CIJ, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, *Reports 1986*, párr. 290, p 145). Por la amplitud de sus efectos se estima que la obligación de solución pacífica de las controversias es una obligación de comportamiento no así de resultado. *Cfr.* PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed., Tecnos, España, 2002, p. 573.

278 *Cfr.* BUERGENTHAL, "International Law and the Proliferation of International Courts", *op. cit.*, p. 35 y ROMANO, Cesare, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of The Puzzle", *op. cit.*, pp. 728-729.

279 *Cfr.* DUPUY, "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international", *op. cit.*, p. 281.

En el mismo sentido, el profesor Abi-Saab estima que: *“the prodigious development of international law in the last few decades, reflected in the greater density, complexity, and diversity of its normative content, has also led to the multiplication of specialized mechanisms of implementation, including tribunals.”* Tal fenómeno es una confirmación de lo que el mismo autor considera *“a law of legal physics”* al señalar que: *“To each level of normative density, there corresponds a level of institutional density necessary to sustain the norms”*.²⁸⁰

En general, la multiplicación de tribunales internacionales es una respuesta favorable a la creciente complejidad del ordenamiento internacional y a la especialización de muchas materias, lo que Pierre-Marie Dupuy denomina como un fenómeno de "expansión" del derecho internacional en el que parece perfectamente normal la creación de nuevos órganos internacionales que ayudan a una mejor aplicación del ordenamiento y contribuyen a definir los criterios de su interpretación. En palabras del profesor Dupuy:

*In the broad context of expansion of the international legal order, it seems perfectly normal that the development of new networks of obligations generates at the same time new bodies to control the fulfillment of these obligations by States. It would be wrong to look at the multiplication of jurisdictional and quasi-jurisdictional institutions and assume that they will have a negative impact on the international legal system. On the contrary, as demonstrated by the increasing complexity of legal orders at the municipal level, the establishment of new jurisdictions and systems of control improves efficiency by helping in the implementation of obligations and by generating a more refined and precise system of interpretation of norms.*²⁸¹

Sin embargo, es preciso señalar que así como la creciente complejidad hace necesaria la creación de instancias internacionales que la reduzcan, así también se requiere de entendimientos comunes respecto de los principios fundamentales del ordenamiento internacional y de la renovada función de la jurisdicción internacional. Como señala Abi-Saab:

Complexification creates a need for specialized tribunals to accommodate normative diversification and specialization. At the same time, it generates a parallel need, equally important and demanding, for a common understanding

²⁸⁰ Cfr. ABI-SAAB, “Fragmentation or Unification: some concluding remarks”, *op. cit.*, p. 925.

²⁸¹ Cfr. DUPUY, “The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and the International Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 795-796.

and interpretation of the overarching principles by this widening spectrum of tribunals, in order to keep the system together and prevent it from exploding into a multitude of small particles. This requires, in turn, a certain coordination or harmonization between the diverse tribunals 282

Dicha armonización debe orientarse más que a una "uniformidad formal" del ordenamiento internacional, cuestión imposible e indeseable dada la natural complejidad y diversidad de la sociedad internacional, a una "uniformidad sustancial" de los principios fundamentales del ordenamiento internacional que definan la convivencia.²⁸³ Así lo expresa también el profesor Dupuy cuando opone al término *formal unity* el concepto de *substantial unity of public international law* cuyo contenido estará determinado, entre otras normas de *jus cogens* internacional, por los principios fundamentales de prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, el principio de no intervención, el derecho de los pueblos a la autodeterminación, el respeto a los derechos humanos fundamentales. La interpretación y aplicación armónica de estos principios es la base para la construcción de un ordenamiento internacional substancialmente uniforme y coherente con su finalidad.²⁸⁴

Si bien existen riesgos de "fragmentación" del DI por la multiplicación de instancias jurisdiccionales y las posibles divergencias en su jurisprudencia, para muchos autores existen más beneficios.²⁸⁵ El hecho de que los tribunales internacionales apliquen el derecho internacional en todas sus manifestaciones (tratados, costumbre, principios generales del derecho, etc.) hace que el desarrollo jurisprudencial sea mucho más rico y diverso y, por tanto, que el propio sistema de las denominadas fuentes del derecho

282 Cfr. ABI-SAAB, "Fragmentation or Unification: some concluding remarks", *op. cit.*, p. 926.

283 La idea de "unidad" y "coherencia" del derecho internacional debe tomarse con cautela y sólo desde una perspectiva global. En ningún caso debe considerarse como un ordenamiento aplicable de la misma forma para todos los sujetos de la comunidad internacional, salvo en los casos de normas de *jus cogens*, de obligaciones con carácter *erga omnes*; o en áreas particulares como la protección de los derechos humanos, el derecho comunitario o el derecho del mar, en que la mayoría de los Estados ha manifestado un consentimiento favorable a su especial codificación y a una interpretación común. Cfr. OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", *op. cit.*, p. 72.

284 Cfr. DUPUY, "The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and the International Court of Justice", *op. cit.*, p. 795

285 Véase entre otros: BUERGENTHAL, "International Law and the Proliferation of International Courts", *op. cit.*; OELLERS-FRAHM, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", *op. cit.*; DUPUY, "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international", *op. cit.*; CHARNEY, J. I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", *op. cit.*

internacional le dé un sitio más preferente a la jurisprudencia y mayor valor teórico y práctico a su desarrollo, no sólo desde la perspectiva de la solución de una controversia internacional sino también como motor de desarrollo evolutivo del propio derecho internacional en donde el valor persuasivo de los argumentos penetra no sólo en el derecho internacional sino también en el entramado cuerpo jurisprudencial de los Estados.²⁸⁶

Aquí no se pretende hacer una reflexión exhaustiva sobre las consecuencias que la multiplicación de tribunales internacionales tiene en la “uniformidad” o “coherencia” del derecho internacional, sino exclusivamente apuntar la existencia manifiesta de la tendencia a la judicialización del DI como fenómeno determinante para el análisis de la actividad e importancia de los jueces en la actualidad e identificar algunas de sus consecuencias en la concepción del funcionamiento del sistema internacional, en particular del impacto de la jurisprudencia internacional en la conformación del derecho internacional y de su influencia en las jurisdicciones nacionales, así como de las interrelaciones que surgen entre ambas jurisdicciones.

Lo que ha llevado a considerar la paulatina conformación de un sistema judicial global (“*judicial system*”) basado en el diálogo entre los diferentes tribunales (nacionales e internacionales), en la consideración del papel principal de ciertas instancias como la CIJ respecto del DI,²⁸⁷ y en el entendimiento de que corresponde a los propios jueces velar por la unidad y coherencia del sistema internacional en su conjunto. En tal sentido, el profesor Abi-Saab considera que “*The process can operate only if these actors are conscious of the objective (the need for a judicial system and the requirements of such a development) and if they seize on all opportunities to inch the process in this direction.*”²⁸⁸

Ello implica reconocer la importancia de la conciencia deliberativa de los propios jueces como un elemento fundamental para el sistema internacional. En opinión del profesor Buergenthal: “*all international tribunals should promote and be open to jurisprudential interaction or cross-fertilization by taking account of each others decisions,*

²⁸⁶ ABI-SAAB, Georges, “De la Jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du Droit International” en V.V.A.A., *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 19-26.

²⁸⁷ Sobre el papel de la Corte Internacional de Justicia como una “corte global”, véase: ZICCARDI CAPALDO, Giuliana, “Global Trends and Global Court: The Legitimacy of World Governance” en *The Global Community of International Law & Jurisprudence 2004*, 4(1): 127-169.

²⁸⁸ Cfr. ABI-SAAB, “Fragmentation or Unification: some concluding remarks”, *op. cit.*, p. 927.

*and defer or recognize the primacy of decisions of those tribunals whose subjectmatter jurisdiction entitles them to more authoritative status.”*²⁸⁹

Por ello, los verdaderos conflictos entre distintas jurisdicciones (*conflicting jurisdiction*) se presentan no tanto respecto del ámbito material de aplicación de determinada norma internacional sino respecto de la interpretación y aplicación del DI y en particular de sus principios básicos.

²⁸⁹ *Ídem.*

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS JUDICIALES Y LAS OBLIGACIONES PRIMARIAS DEL ESTADO JUEZ

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Sergio García Ramírez*

3.1. Introducción

En los dos capítulos anteriores se han considerado algunos de los principales aspectos que conforman el contexto de la aplicación del derecho internacional y los estándares internacionales por los jueces nacionales; corresponde ahora hablar del aspecto técnico-jurídico de la aplicación judicial del derecho y de sus consecuencias en la práctica internacional. En este apartado se hace una revisión general de los principales elementos de la responsabilidad internacional del Estado con el objeto de destacar aquellos supuestos de responsabilidad estatal por actos de sus órganos judiciales derivados de acciones incompatibles con sus obligaciones internacionales.

La responsabilidad internacional puede generarse por una acción directa de un órgano judicial, esto es por dictar una resolución cuyo contenido sea manifiestamente incompatible con el derecho internacional o por violaciones procesales que lleven a confirmar la validez de determinadas actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado de otros poderes públicos, de entidades privadas o de individuos generándose una situación de impunidad, una denegación de justicia, un retardo injustificado del procedimiento o una reparación inadecuada de las violaciones cometidas. Además, es posible que a la responsabilidad del Estado por actos judiciales concurra la responsabilidad

* Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del *Caso Mack Chang Vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, pár. 27.

del Ejecutivo, cuando exista un interferencia indebida del Gobierno en las actuaciones del Poder Judicial, o la responsabilidad legislativa, cuando los jueces actúen en base a disposiciones legislativas o constitucionales incompatibles con los deberes internacionales y no ejerzan un adecuado control de convencionalidad.²⁹⁰

3.1.1. Aspectos generales de la responsabilidad internacional

El tema de la responsabilidad del Estado es la “piedra de toque” de todo ordenamiento jurídico en la que reposa, en gran medida, la eficacia del propio sistema, aunque, su codificación y desarrollo progresivo sea relativamente reciente. Como puso de manifiesto el otrora juez interamericano, hoy juez de la Corte Internacional de Justicia, A. Cançado Trindade, “el dominio de la responsabilidad internacional del Estado ocupa una posición central en el universo conceptual del Derecho Internacional. Es la espina dorsal del ordenamiento jurídico internacional [...] es el centro neurálgico de todo sistema jurídico, al cual convergen la naturaleza y el alcance de las obligaciones y la determinación de las consecuencias jurídicas de su violación. Representa, en suma, el termómetro de la operación del sistema jurídico como un todo” y –en su concepto– es verdaderamente paradójico que este dominio, a pesar de la posición central en el ordenamiento internacional y de su importancia, “haya resistido tanto a los esfuerzos de su codificación y desarrollo progresivo”.²⁹¹

²⁹⁰ En el ámbito del derecho internacional general suelen identificarse entre los casos vinculados con la responsabilidad del Estado por actos del poder judicial, los siguientes: Asunto *Lotus*, 1972, P.C.I.J., *Seria A*, No. 10, p. 24; *Jurisdiction of the Courts of Danzing*, 1928, P.C.J.I., *Series B*, No. 15, p. 24; *Ambatielos*, *Merits*, I.C.J., *Reports* 1953, p. 10; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 1970, p. 3; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, I.C.J., *Reports* 1958, p. 55. Más recientemente destacan, entre otros, los casos *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 2001, p. 466; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 2002, p. 3; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment*, I. C.J. *Reports* 2004, p. 12; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment*, I:C:J. *Reports* 2008, p. 177; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 2010, p. 63; *Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 2012, p. 99; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, I.C.J. *Reports* 2013, p. 422.

²⁹¹ Voto razonado del juez Antonio A. Cançado Trindade a la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, No. 101, párr. 3.

El largo proceso de codificación y desarrollo tiene su expresión más significativa en los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y en la redacción final del *Proyecto de Artículos* (o simplemente en *Los Artículos*) sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la CDI en 2001²⁹² y del cual la Asamblea General, en su resolución 56/83, tomó nota y lo señaló a la atención de los gobiernos "sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda."²⁹³

Dada su importancia, el tema de la responsabilidad internacional del Estado es uno de los más comentados, criticados y/o aplaudidos por la doctrina, y existe una amplia bibliografía, tanto en el ámbito de la responsabilidad internacional en general,²⁹⁴ como en el ámbito del DIDH en particular.²⁹⁵

²⁹² Cfr. Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos Oficiales, 56° Periodo de sesiones, Suplemento No 10 /A/56/10), Nueva York, 2001, p. 21. Cfr. CRAWFORD, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Trad, Luis Fonseca, España, Dykinson, 2004. Para un balance de los trabajos de la CDI véase: DUPUY, Pierre-Marie, "Quarante Ans de Codification du Droit de la Responsabilité Internationale des Etats. Un Bilan" en *RGDIP*, T. 107/2003/2, pp. 305-348. Una lista de bibliografía sobre el tema se puede encontrar en SPINEDI, M., "Bibliography on the Codification of State Responsibility by the United Nations, 1973-1985" en M. Spinedi y B. Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility* (Nueva York, Oceana, 1987), p. 395. Diferentes comentarios se han presentado sobre la labor de la CDI, en especial véanse los trabajos del "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles" en 96 *AJIL* (2002) 773-890, y "Symposium: Assessing the Work of the International Law Commission on State Responsibility" en 13 *EJIL* (2002) 1037-1256.

²⁹³ Resolución sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobada sin votación por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*] en su 85ª sesión plenaria el 12 de diciembre de 2001. Res. A/RES/56/83. El texto de los Artículos está anexo a la resolución.

²⁹⁴ Sobre la responsabilidad internacional en general, véanse, entre otros: BROWNLIE, I., *System of the Law of Nations. State Responsibility Part I*, Clarendon Press-Oxford, New York, 1983; CRAWFORD, James y OLLESON, Simon, "The Nature and Forms of International Responsibility" en EVANS, Malcolm (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 445-472; EAGLETON, Clyde, *The responsibility of states in international law*, The New York University Press, New York, 1928; GARCÍA AMADOR, F.V., *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1963; GUTIÉRREZ Espada, Cesáreo, *El hecho ilícito internacional*, España, Dykinson, 2005; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "Responsabilidad Internacional" en Max Sorensen (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, reimp., 1994, pp. 506 y ss.; RAGAZZI, Maurizio (ed.) *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2005; WOLFRUM, Rüdiger, "Internationally wrongful acts" en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 10 (1987), p. 273; ZEMANEK, Karl, "Responsibility of states: General principles", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 10 (1987), p. 367.

²⁹⁵ Sobre la responsabilidad en el ámbito del DIDH: AGUIAR, Asdrúbal, "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)", en *Revista IIDH*,

En este apartado se destacan algunos de los principios que rigen la responsabilidad internacional y las obligaciones derivadas de ellos para efecto de considerar la responsabilidad internacional del Estado por actos de sus órganos judiciales. En particular se destacan tres cuestiones: a) el principio de unidad; b) la cuestión de la “responsabilidad agravada” en el derecho internacional y su efecto en el deber de justicia, y c) la distinción entre el momento del surgimiento de la responsabilidad internacional y el de su exigibilidad.

A) Principio de unidad

La visión tradicional del Estado unidimensional adquiere sentido principalmente en el ámbito de la responsabilidad internacional. Al respecto, se considera como un principio básico del DI que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Así se recoge en el artículo 1, de los *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* aprobado por la CDI: "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad".

Este principio de identidad, que consiste en el reconocimiento del Estado como una unidad independientemente de la naturaleza de sus órganos, conlleva a que no haya justificación para diferenciar las acciones u omisiones de tales órganos, sean ejecutivos,

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 17, enero-junio, 1993, San José, C.R., p. 19-20; del mismo autor: *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, 1ª ed., Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, T. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1999; DEL TORO HUERTA, Mauricio I., "La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos", en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 663-686; DIPLA, Haritini, *La Responsabilité de l'Etat pour Violation des Droits de l'Homme. Problèmes d'imputation*, Editions A. Pedone, Paris, 1994; EVANS, Malcolm, "State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm" en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004, pp. 139-160; FERRER LLORET, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional*, Editorial Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid 1999; PIZA ROCAFORT, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de Centro América, San José, C.R., 1988; PIZA R., Rodolfo y TREJOS, Gerardo, *Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.

legislativos o jurisdiccionales, debiendo considerar cualquiera como susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.²⁹⁶

Como lo señaló la Corte Internacional de Justicia en su opinión sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* al puntualizar que "es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario".²⁹⁷ De la misma forma se expresa el artículo 4 de los *Artículos* de la CDI, relativo al comportamiento de los órganos del Estado:

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

En los *Artículos* de la CDI se entiende por "órgano", de acuerdo con el segundo párrafo del mismo artículo 4: "toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado." En el comentario a este texto la CDI puntualiza:

El principio de la unidad del Estado significa que las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. Huelga decir que no se designa especialmente ninguna categoría de órganos a los efectos de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, y virtualmente todo órgano del Estado puede ser la fuente de un hecho de esa naturaleza.²⁹⁸

De esta forma, le son imputables al Estado las violaciones a los derechos humanos cometidas por: a) sus órganos internos, tanto ejecutivos como legislativos y judiciales, sean

²⁹⁶ Cfr. REMIRO BROTONS, A. y otros., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997, p. 418.

²⁹⁷ "According to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule, [...] is of a customary character..." ICJ, *Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights*, 29 April 1999, No. 100, pár. 62. Disponible en <http://www.icj-cij.org>.

²⁹⁸ Como se recuerda en los comentarios a este artículo, ya en sus respuestas a la Comisión Preparatoria de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930 los gobiernos opinaron unánimemente que las acciones u omisiones de los órganos del Estado deben atribuirse a éste. "La Tercera Comisión de la Conferencia adoptó por unanimidad en primera lectura el artículo 1, que preveía que el Estado incurrirá en responsabilidad internacional como consecuencia de "todo incumplimiento por sus órganos de las obligaciones internacionales del Estado." Cit. en NU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53º periodo de sesiones..., op. cit., p. 70.

federales o locales,²⁹⁹ así como por sus funcionarios, independientemente de su rango y de la validez de sus actos en el derecho interno; y b) por los actos de personas privadas que de hecho actúen por encargo o con la complacencia de un gobierno, o cuando existe negligencia o falta de debida diligencia del Estado en la prevención, investigación, sanción o reparación del hecho ilícito.³⁰⁰

Respecto a los actos judiciales –cuyo ámbito de acción fue tradicionalmente demarcado por el trato a los extranjeros, la denegación de justicia por inobservancia de la inmunidad de jurisdicción sobre agentes estatales o Estados, o por violación flagrante a la normativa interna–,³⁰¹ los principios de separación de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el derecho interno, y del respeto debido al carácter definitivo de las sentencias judiciales, han ejercido enorme influencia en la discusión en torno a la responsabilidad internacional del Estado.³⁰² Sin embargo, como se destacó, en la actualidad se reconoce plenamente la responsabilidad del Estado por los actos del Poder judicial, de forma tal que si bien éste es independiente del Gobierno no lo es del Estado, en tanto que una sentencia dictada por una autoridad judicial emana por su propia naturaleza de un órgano estatal.³⁰³

299 La Corte IDH, ha reiterado que "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional". Entre otros, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 139 y *Caso Garrido y Baigorria*, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 46.

300 Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos; actualidad y perspectivas", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 54, junio, 1998, p. 138. También en *La Jurisdicción Internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, pp. 139 y ss.

301 Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 750.

302 Cfr. EUSTATHIADÈS, Constantin, Th. *La Responsabilité Internationale de L'Etat pour les Actes des Organes Judiciaires et le Problème du Déni de Justice en Droit International*; Tome I, Éditions A. Pedone, Paris, 1936, pp 23 y ss.

303 Al respecto, ya la Comisión de Reconciliación Franco-Italiana, establecida por el Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947, en una decisión de 7 de diciembre de 1955, señaló que "aun cuando los tribunales arbitrales del Siglo XIX han establecido que la independencia de las Cortes excluye la responsabilidad internacional del Estado por actos de la judicatura contrarios a la ley, esta teoría es rechazada universalmente, por la doctrina internacional y la jurisprudencia. La sentencia emitida por una autoridad judicial emana de un órgano del Estado, en la misma medida en la que una ley es promulgada por la legislatura o una decisión es tomada por el ejecutivo. La inobservancia de una regla internacional por una corte genera la responsabilidad internacional del Estado". *Cit.*, en STEINER, Christian y Patricia Uribe, "Introducción general", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 16. En general, véanse JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "Responsabilidad Internacional" en Max Sorensen (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público, op cit.*, pp. 521 y ss. Del mismo autor: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 331. Véase también: GREENWOOD, Christopher, "State

Así lo reiteró la CIJ al señalar, particularmente respecto de los órganos judiciales que: *"the conduct of an organ of a State -even an organ independent of the executive power- must be regarded as an act of that State."*³⁰⁴ Así también lo constató en su oportunidad el entonces Relator Especial de la CDI sobre el tema de la Responsabilidad del Estado, Roberto Ago, en su Tercer Informe de 1971, titulado: "El Acto Internacionalmente Ilícito del Estado, Fuente de Responsabilidad Internacional" al señalar:

[...] No-one now supports the old theories which purported to establish an exception in the case of legislative organs on the basis of the 'sovereign' character of Parliament, or in the case of jurisdictional organs by virtue of the principle of independence of the courts or the res judicata authority of their decisions. The cases in which certain States have resorted to arguments based on principles of this kind, and have found arbitral tribunals willing to accept them, belong to the distant past. Today, the belief that the respective positions of the different powers of the State have significance only for constitutional law and none for international law (which sees the State only in its entity) is firmly rooted in international jurisprudence, the practice of States and the doctrine of international law.

*[...] The doctrine of the impossibility of invoking international responsibility for the acts of legislative or judicial organs has not been advanced for a long time. On the other hand, the possibility of invoking international responsibility for such acts has been directly or indirectly recognized on many occasions. [...]*³⁰⁵

En consecuencia, el Estado, como un todo indivisible, representa un "centro de imputación", debiendo responder por los actos u omisiones internacionalmente ilícitos, de cualquiera de sus poderes, o de sus agentes, independientemente de su jerarquía.³⁰⁶

Responsibility for the Decisions of National Courts" en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 55-73.

³⁰⁴ ICJ, *Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights*, 29 April 1999, No. 100, www.icj-cij.org, párr. 63.

³⁰⁵ AGO, Roberto, (special rapporteur), "Third Report on State Responsibility: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility", in United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1971)-II, part I, pp. 246-247, párrs. 144 y 146. Sobre el mismo tema: PAULSSON, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005, pp. 38 y ss.

³⁰⁶ Por ejemplo, en el ámbito interamericano, en el caso "La Última Tentación de Cristo", el Estado demandado (Chile) argumentó que no era posible configurar en el caso concreto su responsabilidad internacional por una sola sentencia del Poder Judicial, sin el cumplimiento de "otros requisitos". Según el Estado no bastaba que una decisión judicial fuera estimada contraria al derecho internacional, pues sería necesario que tal decisión fuera "avalada por el respaldo o al menos la inactividad de los órganos legislativo o ejecutivo". En otras palabras, según el Estado, debería haber un concurso de todos los poderes del Estado, en un mismo sentido, para que se configurara su responsabilidad internacional. Sin embargo, como recuerda el juez Cançado Trindade, "hay toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente a contrario sensu, sosteniendo que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en

Este principio básico se proyecta a todas las ramas del derecho internacional y ha sido recogido por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado que

el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.³⁰⁷

En consecuencia, en el ámbito del DIDH y particularmente en el sistema interamericano:

[...] la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.³⁰⁸

La Corte IDH, ante el incumplimiento de la sentencia emitida en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, proyectó también el deber de cumplimiento no sólo a las normas convencionales sino también respecto al deber de los Estados de cumplir con las sentencias de la propia corte destacando que “las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de

cualquier acto u omisión de cualquier de los poderes u agentes del Estado (sea del Ejecutivo, del Legislativo, o del Judicial). Si fuera necesario buscar respaldo para la afirmación de la existencia de obligaciones legislativas en la jurisprudencia internacional anterior, ahí de todos modos lo encontraríamos, v.g., a partir del *locus classicus* sobre la materia, en la Sentencia en el caso relativo a *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polonesa* (Alemania vs. Polonia, 1926), y en la *Opinión Consultiva sobre los Colonos Alemanes en Polonia* (1923), ambas de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)”. Asimismo, la experiencia de los distintos órganos de supervisión internacional de los derechos humanos “evidencian la existencia de obligaciones legislativas y judiciales, a la par de las ejecutivas - de los Estados Partes en tratados de derechos humanos.” Cfr. *Caso "La Última Tentación de Cristo"*. (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 16 y 23.

307 Entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 54; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 73.

308 Entre otras, *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 72 y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 71.

los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”, considerando que “la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales”.³⁰⁹ Al respecto, como parte de los deberes del Estado, en los últimos años la Corte IDH ha puesto énfasis en el deber de los jueces nacionales de aplicar un control difuso de convencionalidad, tema sobre el cual volveremos más adelante.

No obstante lo anterior, debe tenerse en consideración que la separación e independencia de los poderes públicos como principio fundamental del derecho constitucional contemporáneo, si bien no se aplica para efectos de la responsabilidad internacional sí influye en el comportamiento de los jueces respecto del derecho internacional e incluso ha de considerarse una exigencia internacional la independencia e imparcialidad de los jueces nacionales.³¹⁰ Asimismo, la conciencia de los jueces de tal independencia puede motivar una restricción o un activismo que puede implicar a su vez un retroceso o un avance en la garantía de los derechos humanos. Como se verá más adelante, la separación de poderes así entendida garantiza con mayor plenitud el respeto de los derechos humanos y asegura también la mayor eficacia del derecho internacional en la medida en que cada uno de ellos actúe de manera congruente con sus obligaciones internacionales.³¹¹

B) La responsabilidad agravada en el DIDH (el deber de justicia)

En materia de protección de los derechos humanos, así como en otras áreas de especial relevancia en el derecho de gentes (en particular tratándose de normas imperativas de

³⁰⁹ *Caso Gelman vs Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 59 y 62.

³¹⁰ Cfr. EUSTATHIADÈS, Constantin, Th. *La Responsabilité Internationale de L'Etat pour les Actes des Organes Judiciaires et le Problème du Déni de Justice en Droit International*; Tome I, *op. cit.*, p. 35; JAYAWICKRAMA, Nihal, *The judicial application of human rights law. National, regional and international jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002, p. 514.

³¹¹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, "Balance of Powers, Human Rights, and Legal Integration: New Challenges for European Judges" en CLARK, David, (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humbolt, Berlin, 1990, pp. 341-352.

derecho internacional (*jus cogens*)³¹² o tratándose de obligaciones de carácter *erga omnes*, debidas a la comunidad internacional en su conjunto) se suele distinguir entre la responsabilidad internacional ordinaria y agravada. Así lo ha hecho la doctrina desde tiempo atrás y así lo distingue la versión final de los *Artículos* de la CDI sobre el tema. La cuestión sin embargo sigue causando polémica y no todos comparten o consideran necesaria tal distinción.³¹³

312 Una regla de *ius cogens* o norma imperativa de Derecho internacional general es, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

313 En el marco de los trabajos de la CDI uno de los aspectos que más ha despertado interés desde su incorporación al debate internacional en el seno de la Comisión por el entonces Relator Especial Roberto Ago (1976), es la distinción entre delitos y crímenes internacionales. Tal distinción reflejada en el entonces artículo 19 del proyecto aprobado en primera lectura por la CDI no alcanzó a expresarse en el proyecto final (2001) pero marco el inicio de un extenso debate sobre la manifiesta necesidad de distinguir entre diferentes regímenes de responsabilidad. En el comentario al entonces artículo 19 del Proyecto de artículos de la CDI, se consideró: "15) La necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir en todo caso de manera cada vez más evidente al finalizar la segunda guerra mundial [...]. Han aparecido así normas nuevas de derecho internacional, se han afirmado definitivamente normas en vías de formación, y otras, que ya existían han adquirido un nuevo giro y una significación más marcada; esas normas imponen a los Estados obligaciones cuyo respeto responde a un interés colectivo acrecentado de toda la comunidad internacional. Y se ha llegado progresivamente al convencimiento de que una violación de las obligaciones impuestas por normas de esta naturaleza no puede ser considerada y tratada lo mismo que una violación 'como las otras', sino que representa necesariamente un hecho internacionalmente ilícito mucho más grave, una trasgresión que debe calificarse de otra manera y que debe estar sujeta en consecuencia a un régimen distinto de responsabilidad." En 1976, el relator de la CDI propuso los siguientes ejemplos como casos denominados "crímenes internacionales": "a) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) Una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*; d) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares." Cfr. “Informe de la CDI a la Asamblea General (28º periodo de sesiones)”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, pág. 94 y 99. Sobre los desarrollos anteriores al proyecto presentado por Roberto Ago, véase: NOLTE, Georg, "From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations" en *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5, pp. 1083-1098. Respecto del proyecto de artículos sobre Responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad por violación a normas imperativas véanse: PELLET, Alain, "The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for internationally Wronful Acts: A Requiem for States' Crime?" en *NYIL*, Vol. XXXII-2001, pp. 55-79; TAMS, Christian, "All's Well That Ends Well. Comments on the ILC's Articles on State Responsibility", *ZaöRV* 62/3 (2002), pp. 759-808; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, "El punto final (¿?) de un largo debate: Los 'crímenes internacionales'", en *REDI*, vol. LIII (2001), 1

Tal distinción refleja la idea de que existen determinados intereses fundamentales para la comunidad internacional que es aconsejable salvaguardar de forma especial.³¹⁴ Esta fue la razón de ser de los artículos 19 y 51 al 53 del proyecto de artículos de la CDI de 1996, y es esta misma razón la que persiguen los artículos 40 y 41 del proyecto final de

y 2, pp. 11-48; CEBADA ROMERO; Alicia, "Los conceptos de *obligaciones erga omnes*, *ius cogens* y *violaciones graves* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos" y PÉREZ GIRALDA, Aurelio, "El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino" ambos en 4 *REEI* (2002). www.reei.org. En general sobre las consecuencias de la responsabilidad por violación a normas imperativas, así como de aquellas obligaciones de carácter *erga omnes* véanse los diferentes trabajos presentados en *European Journal of International Law*, *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5. En especial: DUPUY, Pierre-Marie, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility"; SPINEDI, Marina, "From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of Responsibility"; WYLER, Eric, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'"; TAMS, Christian, "Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?"; GATTINI, Andrea, "A Return Ticket to 'Communitarisme', Please"; SCOBIE, Iain, "The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'".

³¹⁴ La responsabilidad agravada (*aggravated responsibility*) derivaría de violaciones a obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones con carácter *erga omnes*) que protegen valores fundamentales del orden internacional o de la violación a normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*). Cfr. CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, p. 185. El Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las *Obligations erga omnes in International Law*, adoptada el 27 de agosto de 2005, en su sesión de Cracovia, consideró que en el ámbito del Derecho internacional ciertas obligaciones obligan a todos los sujetos del derecho internacional con el propósito de mantener los principios y valores fundamentales de la comunidad internacional, entre tales obligaciones se encuentran la prohibición de los actos de agresión, la prohibición del genocidio, las obligaciones concernientes a la protección de los derechos humanos fundamentales, las obligaciones relativas al derecho de autodeterminación de los pueblos y las obligaciones relativas a la protección del ambiente de los espacios comunes. En este sentido, una obligación *erga omnes* es aquella obligación que de conformidad con el derecho internacional general (consuetudinario) los Estados tienen frente a la comunidad internacional en su conjunto y que en razón de sus valores e intereses comunes todo Estado está capacitado para tomar acciones a raíz de su incumplimiento. Asimismo, una obligación *erga omnes (partes)* puede derivar de un tratado multilateral y, todos los Estados partes del mismo, pueden, en razón de los intereses comunes, tomar acciones en vista de su incumplimiento. En este sentido, la resolución del IDI señala: "Article 2. When a State commits a breach of an obligation *erga omnes*, all the States to which the obligation is owed are entitled, even if they are not specially affected by the breach, to claim from the responsible State in particular: (a) cessation of the internationally wrongful act; (b) performance of the obligation of reparation in the interest of the State, entity or individual which is specially affected by the breach. Restitution should be effected unless materially impossible." Además, de conformidad con el artículo 5 de la resolución del IDI: "Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligation is owed: (a) shall endeavour to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations; (b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach; (c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach." Al respecto véase también: GAJA, Giorgio, "Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by Other States?" en RAGAZZI, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, op. cit., pp. 31-46.

2001.³¹⁵ Aspectos que también han sido destacados por la CIJ en la *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*.³¹⁶

Por su parte, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter agravado de la responsabilidad cuyas consecuencias se han visto reflejadas en las modalidades de reparación ordenadas. Para ello ha considerado no sólo los instrumentos propios del sistema interamericano sino también algunos instrumentos internacionales que reconocen o tipifican delitos o "crímenes" graves de derecho internacional que suponen violaciones a normas imperativas. Como lo destacó el entonces juez interamericano A.A. Cançado Trindade:

315 Cfr. PELLET, Alain, "The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for internationally Wronful Acts: A Requiem for States' Crime?", *op.cit.*, p. 67. Conforme con el artículo 41 de los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001), "los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave" de normas imperativas y ningún Estado "reconocerá como lícita" una situación creada como consecuencia de dicha violación. Por su parte el artículo 48 de los *Artículos* de la CDI, considera que todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad y reclamar al Estado responsable, al menos, la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición y el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado (en los términos del artículo 42 de los *Artículos* de la CDI) o de los beneficiarios de la obligación violada. Cfr. KLEIN, Pierre, "Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law"; WYLER, Eric, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'"; TAMS, Christian, "Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?"; GATTINI, Andrea, "A Return Ticket to 'Communitarisme', Please"; SCOBIE, Iain, "The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", todos en *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5. Además, HUESA VINAIXA, Rosario, "El Derecho de la Responsabilidad Internacional y la Carta de las Naciones Unidas: Consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas" en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV-2002, No. 2, pp. 587-616.

316 Al respecto, en su *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado* (9 de julio de 2004), la CIJ señaló que en virtud del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucradas que fueron violadas por Israel, en particular aquellas obligaciones de carácter *erga omnes* (tales como la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y algunas otras impuestas por el derecho internacional humanitario), todos los Estados "tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Asimismo, tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción." En opinión de la CIJ, incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, "velar porque se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación". De la misma forma, los Estados parte del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, "tienen la obligación [...] de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio." CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004. No. 131, párrs. 154-160. Disponible en: <http://www.icj-cij.org>.

Bajo la Convención Americana, es perfectamente posible la determinación de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado, con todas las consecuencias jurídicas para las reparaciones; entre éstas, se encuentra el cumplimiento del deber por parte del Estado de determinación de la responsabilidad penal individual de los perpetradores de las violaciones de los derechos protegidos, y su sanción correspondiente.³¹⁷

Así, por ejemplo en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, la Corte IDH identificó la responsabilidad internacional agravada del Estado en los siguientes términos:

En relación con el tema de genocidio [...] la Corte hace notar que [...] hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo Maya Achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones.³¹⁸

De igual manera, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, la Corte concluyó que, de los hechos probados, se desprendía una "responsabilidad internacional agravada del Estado demandado". La Corte IDH se expresó en los términos siguientes:

[...] el Estado es responsable por la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang cometida a través de acciones de sus agentes, en cumplimiento de órdenes impartidas por el alto mando del Estado Mayor Presidencial, lo que constituye una violación del derecho a la vida. Esta circunstancia se ve agravada porque en la época de los hechos existía en Guatemala un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como "enemigos internos". Además, desde ese entonces y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables, todo lo cual resulta en una responsabilidad internacional agravada del Estado demandado.³¹⁹

En consecuencia, en la determinación de la responsabilidad del Estado han de tomarse en cuenta circunstancias agravantes que determinan el contexto de las violaciones a los derechos humanos, lo mismo que las características especiales de los sujetos involucrados, en particular de las víctimas; por ejemplo, cuando son menores de edad o se encuentran

³¹⁷ Cfr. Voto Razonado a la sentencia de 29 de abril de 2004 del *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 24.

³¹⁸ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 51.

³¹⁹ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrs. 139 y 140.

bajo el poder del Estado. Así, en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, la Corte consideró que

[...] la responsabilidad del Estado se ve agravada por existir en el Perú en la época de los hechos una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales. Dichas violaciones graves infringen el *jus cogens* internacional. Asimismo, para la determinación de la responsabilidad agravada, se debe tomar en cuenta que las presuntas víctimas de este caso eran niños.

Además, la Corte consideró que la detención de las presuntas víctimas en dicho caso fue arbitraria y se vio "agravada por el hecho de que los detenidos fueron torturados y, finalmente, muertos, en el marco de la llamada 'lucha antiterrorista', ante los hechos delictivos que se habían presentado [...] y en los cuales no estuvieron involucrados los hermanos Gómez Paquiyauri". En consecuencia "las presuntas víctimas, al ser detenidas, torturadas y ejecutadas extrajudicialmente se encontraban desarmadas, indefensas y eran menores de edad, lo cual constituye un elemento adicional de la gravedad de la detención arbitraria."³²⁰

En este contexto, la responsabilidad agravada, o las circunstancias agravantes de aquella, producen necesariamente sus consecuencias en el ámbito de la reparación.³²¹ Ello no supone que se admitan las denominadas reparaciones de tipo "sancionador",³²² si estas suponen multas excesivas. La gravedad hace referencia a medidas de reparación no pecuniarias, principalmente medidas que suponen el cumplimiento del "deber de justicia

³²⁰ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 76 y 89.

³²¹ QUISPE Remón, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 521 y ss.

³²² A este respecto se suele considerar que la reparación en el derecho internacional tiene un carácter eminentemente compensatorio y que no se admite la idea de medidas punitivas o sancionatorias (*punitive or exemplary damages*). Al respecto véanse: TAMS, Christian, "Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?" en *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5, pp. 1161-1180; PELLET, Alain, "The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for internationally Wrongful Acts: A Requiem for States' Crime?", *op. cit.*, p. 73. En este sentido, en sus primeras sentencias sobre "indemnización compensatoria" (de 1989) en los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, la Corte IDH sostuvo que: "La expresión 'justa indemnización' que utiliza el artículo 63.1. de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la 'parte lesionada', es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del derecho internacional." Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de junio de 1989, párr. 38.

penal" o "deber de justicia" como una consecuencia necesaria de la obligación estatal de investigar hechos violatorios de derechos humanos, procesar a los participantes en ellos, emitir la sentencia condenatoria que corresponda y ejecutar las penas respectivas.

En el ámbito interamericano, dicho deber –como lo ha reiterado el otrora juez García Ramírez– forma parte del sistema de reparaciones previsto por el artículo 63.1 de la CADH, conforme a la interpretación progresiva que ha hecho la Corte IDH. Para que esa justicia penal sea efectiva "es necesario que sea completa, no apenas selectiva, y es preciso que se realice dentro de un plazo razonable. De lo contrario se incurriría en una impunidad absoluta o relativa, pero impunidad en fin de cuentas, que constituye el mejor 'salvoconducto' para la violación de los derechos humanos."³²³

En este sentido, en opinión del también otrora juez interamericano Antônio Cançado Trindade, "un mismo hecho jurídico puede, así, dar lugar a consecuencias distintas, como la reparación y la sanción. Para un ilícito particularmente grave (v.g., una violación grave de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario), la reparación resarcitoria (para la víctima o sus familiares) puede no ser suficiente, imponiéndose también la reparación sancionatoria (v.g., investigación de los hechos y punición de los responsables). Ambas pueden configurarse necesarias para la realización de la justicia."³²⁴ Para el juez Cançado, "no se puede negar la estrecha vinculación entre la reparación y el combate a la impunidad, así como la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, siempre y necesariamente desde la perspectiva de las víctimas. La verdadera *reparatio*, vinculada a la realización de la justicia, requiere la superación de la obstaculización de los deberes de investigación y sanción de los responsables, y el fin de la impunidad".³²⁵

Desde esta perspectiva, la "responsabilidad agravada" en el marco del DIDH acarrea para el Estado demandado, entre otras cosas, la obligación de impartir justicia en su derecho interno, investigando los hechos y sancionando a los responsables, cumpliendo así

323 Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, cit. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 2 y 35. Sobre el "deber de justicia penal" véase también: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, Ed. Porrúa, México, 2003, esp. pp. 202 y ss, 258 y ss., 315 y ss., 354 y ss.

324 *Cfr. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, No. 101. Voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 43. Véase también CANÇADO Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 369 y ss.

325 *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Voto razonado del juez Cançado Trindade, cit., párr. 46.

con el "deber de justicia" necesario para la lucha contra la impunidad. En ello el papel de los jueces nacionales es fundamental.

Así lo reconocen también los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (en adelante también *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*), al señalar en su Principio III, relativo a las “Violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional”, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] 4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.³²⁶

Finalmente, esta distinción resurge en la consideración de la jurisprudencia interamericana del derecho al debido proceso –en su más amplia consideración como derecho de acceso a la justicia– como una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*) tratándose de la violación graves a derechos humanos considerados también parte de esa normativa perentoria (p.e. la prohibición de la tortura, la desaparición forzada de personas, los crímenes de lesa humanidad, etc.).

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que “la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada [entre otras, como la de tortura] y su correlativo deber de investigarla

³²⁶ Los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005 y por la antigua Comisión de Derechos Humanos, mediante resolución 2005/35, de 20 abril de 2005.

y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho el carácter de *jus cogens*".³²⁷ Por ello, según el mismo tribunal, "a fin de ponderar la conducta estatal con el deber de investigar [...], cabe señalar que la falta de investigación de los hechos que configuran graves violaciones de derechos humanos enmarcadas en patrones sistemáticos tiene especial gravedad, pues puede revelar un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas como inderogables".³²⁸

C) Surgimiento de la responsabilidad internacional y su exigibilidad

La cuestión de la necesaria distinción entre el momento del surgimiento de la responsabilidad, por un lado, y el momento de su exigibilidad ante instancias internacionales por el otro, remite no sólo a considerar la naturaleza objetiva de la responsabilidad internacional sino también a considerar aspectos fundamentales derivados del principio de subsidiariedad y complementariedad del sistema internacional, en particular respecto de la aplicación de la regla de agotamiento previo de los recursos internos. En este apartado nos vamos a referir brevemente al primer aspecto, el segundo será tratado en un apartado posterior al hablar de la dimensión procesal del principio de subsidiariedad.

El momento de surgimiento de la responsabilidad internacional se rige por los propios principios de ésta institución y no por el principio de subsidiariedad. Sobre este aspecto, la Corte IDH ha reiterado que "la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios." ³²⁹

³²⁷ *Caso Gelmán vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, pár. 183. Sobre el tema véase QUISPE, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional...*, op. cit., pp. 534 y ss.

³²⁸ *Caso García Lucero y otras v. Chile*, Excepción preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C, No. 267, pár. 123.

³²⁹ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, pár. 75. Asimismo, "para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de

En consecuencia no parece haber duda de que en el supuesto en que el Estado tome medidas para efecto de reparar las consecuencias de una violación a los derechos humanos reconocidos en la CADH una vez que determinado caso ha sido llevado ante las instancias internacionales, esto no impide a éstas últimas conocer del caso y pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado y las medidas de reparación correspondientes. Así lo señaló la Corte IDH en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, al señalar: "Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado bajo la Convención Americana. Es por ello que la posición del Estado de haber investigado debidamente no puede ser aceptada por la Corte para declarar que el Estado no ha violado la Convención."³³⁰

Ahora bien, respecto a la cuestión de saber quién está facultado para determinar la responsabilidad internacional del Estado, si los jueces nacionales o sólo las instancias internacionales, tampoco hay duda de que, dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad internacional está puede ser declarada por cualquier autoridad nacional o internacional obligada a aplicar el derecho internacional que constate el hecho ilícito atribuible al Estado. Así, los jueces nacionales están obligados a aplicar el DI y de resolver conforme al mismo; en consecuencia están facultados para determinar la responsabilidad del Estado y ordenar la reparación correspondiente en atención al control de convencionalidad que ejercen. Ello considerando el deber de los Estados de adecuar el orden interno a los tratados internacionales, y, en su caso, a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos consagrados en dichos tratados.

Sin embargo, este hecho por sí mismo no excluye a la jurisdicción internacional para pronunciarse sobre los mismos hechos, en tanto que los objetivos de los procedimientos no necesariamente son los mismos y la cuestión de la reparación en el marco del derecho estatal no necesariamente satisface los estándares internacionales, por lo que si un juez nacional declara la responsabilidad del Estado por violación a las normas internacionales pero no determina una reparación adecuada y efectiva, es posible y deseable que la instancia internacional se pronuncie sobre el particular. Lo mismo sucede cuando se

esas violaciones." Entre otros, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, pár. 110.

³³⁰ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, pár. 75.

analiza la obligación de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos (deber de justicia).

Bajo este supuesto, cuando en los juicios seguidos ante los tribunales nacionales se encuentren graves vicios al procedimiento estamos en presencia de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que, como lo ha señalado la Corte IDH, siguiendo el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales, “resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”. Ante estos supuestos los Estados no pueden invocar como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares del DIDH.³³¹

En este mismo sentido, la Corte IDH ha precisado “que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.³³²

Por ello, la Corte IDH ha desestimado las excepciones impuestas por los Estados demandados que pretenden excluir su competencia para pronunciarse sobre hechos y situaciones jurídicas que han sido resueltas en el orden interno mediante sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada. En tanto que la Corte IDH no se pronuncia respecto de las infracciones de los individuos o del Estado mismo a su ordenamiento interno sino respecto del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales. En este sentido la Corte IDH ha reiterado que “en la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna”.³³³ Al hacer tal verificación, sin embargo, la Corte IDH no pretende confirmar o aprobar las decisiones internas. Al respecto la Corte considera:

331 Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No 117, párrs 130-132.

332 Entre otros, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 153.

333 *Caso Cesti Hurtado versus Perú*, Sentencia de 26 de enero de 1999, Serie C, N. 49, p. 20, párr. 47. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado en términos similares que “en general,

La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su “aprobación” o “confirmación”.³³⁴

En efecto –como ahondaremos más adelante– la Corte IDH no tiene por objeto aprobar o confirmar sentencias internas sino y exclusivamente supervisar la compatibilidad de los actos estatales con sus obligaciones internacionales derivadas principalmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre esa base, la Corte IDH considera que “el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones correspondientes, controlar que los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo de la convención, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.³³⁵

incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso en particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto o una denegación de justicia o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad”. Observación General 31, “Artículo 14. EL derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 26.

³³⁴ *Caso Las Palmeras*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 33.

³³⁵ *Caso Gelman vs Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

3.2. Las obligaciones primarias y secundarias del “Estado juez”

En este apartado se consideran las obligaciones judiciales de los Estados a partir de los principios generales que rigen la materia y que distinguen las obligaciones primarias de las obligaciones secundarias; esto es que han de considerarse, por un lado, los deberes internacionales del “Estado juez” conforme con los tratados internacionales o el derecho internacional general, y, por el otro, los deberes derivados de la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia del incumplimiento de un deber primario, que se traducen en el deber de reparación y en sus diferentes modalidades.

3.2.1. Aspectos generales

El principio de la responsabilidad internacional –como lo destacó Eduardo Jiménez de Aréchaga– supone que "siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, ya sea por acción o por omisión, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual es imputable el acto, que debe 'responder' mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación."³³⁶ Así lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la fábrica de Chorzow, al señalar que *"it is a principle of International law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation."*³³⁷ Siguiendo estas premisas, en este apartado se consideraran las obligaciones de los Estados en el ámbito del DIDH y los deberes respectivos del poder judicial, en ello se toma como modelo principalmente la experiencia del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³³⁸

³³⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "Responsabilidad internacional" en Max SORENSEN, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 507 y *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 317.

³³⁷ Cfr. *Case Concerning the Factory at Chorzów*, Case No. 13, September 13th, 1928, PCIJ, *Collection of Judgments*, Series A, vol. 3, no. 17, p. 29.

³³⁸ Se considera el sistema interamericano en virtud de que en gran medida ha seguido el desarrollo pionero del TEDH y la entonces Comisión Europea y, por tanto, da buena cuenta de las obligaciones generales en el marco del DIDH. Sobre las obligaciones en el Convenio Europeo véase, entre otros: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos*

En el marco del DIDH, como ha señalado la Corte IDH, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado "surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar."³³⁹

Estas relaciones jurídicas de responsabilidad, también llamada "obligaciones secundarias", sobrevienen a la violación o incumplimiento por los Estados de las obligaciones primarias y están sujetas a los principios generales de responsabilidad del Estado por hecho ilícito. Las obligaciones primarias son obligaciones objetivas, en tanto "tienen como propósito la conformación de un orden público internacional que responde a la protección de los derechos del individuo."³⁴⁰

En el DIDH la responsabilidad internacional deriva del incumplimiento de una obligación primaria, esto es, de la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte IDH ha señalado que es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención Americana. De lo que se trata, ha dicho la Corte, "es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos."³⁴¹ Toda acción u omisión imputable a un Estado que contravenga las obligaciones internacionales en materia de protección y garantía de los derechos humanos, sin importar si ésta se considera lícita o ilícita en el orden interno del Estado, constituye un hecho ilícito y, por ende, genera la responsabilidad internacional del Estado.³⁴²

Humanos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto, RAIMONDI, Guido, *Comentario alla Convenzione Europea per la Tutel dei Diritti Dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, 2001, pp. 23-34; DRZEMCZEWSKI, Andrew, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparaty Study*, Oxford University Press, 1985, pp. 20-56.

³³⁹ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero, Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 20 de enero de 1999, párr. 40 y *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 40. Para una revisión de los diferentes casos y opiniones de la Corte Interamericana, véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM-CorteIDH, México, 2001.

³⁴⁰ AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, op. cit., p. 187-188.

³⁴¹ *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 169 y 173, y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 178 y 183.

³⁴² Para la Corte, la protección a los derechos humanos recogidos en la Convención "parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal." *La expresión "leyes" en*

En la sentencia dictada en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello, vs. Colombia*, la Corte IDH hizo una síntesis de sus criterios anteriores y estimó que:

[...] la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar – garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...] Es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia.³⁴³

A) Los deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito interamericano

En el marco del sistema interamericano de protección de la persona humana el artículo 1.1 de la CADH es de importancia fundamental para determinar si existe o no una violación del Pacto imputable a un Estado en todo su alcance y en consecuencia, el deber de reparación.³⁴⁴ Este artículo hace referencia a las principales obligaciones contraídas por los Estados frente a los individuos sujetos a su jurisdicción y frente a la comunidad internacional en su conjunto. En este sentido, los Estados al ratificar la CADH, "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna." En palabras de la Corte IDH:

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera que

el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 21.

³⁴³ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello, vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 111.

³⁴⁴ *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 220. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que: "[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.³⁴⁵

Como ha constatado la misma Corte IDH esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos "tiene un carácter *erga omnes*"; por tanto, "se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones" y alcanza la totalidad de los derechos contemplados en los instrumentos internacionales inclusive el derecho a las garantías judiciales.³⁴⁶ De ese modo, "se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva."³⁴⁷

En consecuencia, de acuerdo con el referido artículo 1.1 de la CADH, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por el Pacto. En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el referido numeral. En este sentido,

[...] esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.³⁴⁸

Además, es un principio básico del Derecho Internacional, reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Al respecto la Corte IDH ha reiterado que, en el derecho de gentes, "una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel

³⁴⁵ *Propuesta de modificaciones a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, párr. 53.

³⁴⁶ Al respecto, el TEDH ha indicado que: "La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 y el texto en inglés del artículo 1 ("debe asegurar", "*shall secure*"), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239.

³⁴⁷ *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados*, de 17 de Septiembre de 2003. www.corteidh.or.cr, párr. 109.

³⁴⁸ *Caso Godínez Cruz*, cit. párr. 179 y *Caso Velásquez Rodríguez*, cit. párr. 170.

cumplimiento de las obligaciones asumidas." En consecuencia, los Estados "no pueden incumplir estas obligaciones convencionales alegando supuestas dificultades de orden interno".³⁴⁹

Así, conforme al criterio constante de la Corte, adoptado desde sus primeras sentencias en los denominados casos Hondureños (Casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* y *Fairén Garbí y Solís Corrales*), la primera obligación del Estado es la de respetar los derechos reconocidos y la segunda es la de garantizar su libre y pleno ejercicio, lo que a su vez implica que "el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación."³⁵⁰

Esta obligación de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a toda persona sujeta a su jurisdicción es una obligación de hacer que implica "el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."³⁵¹

Esta obligación se corresponde con el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas y de cualquier otro carácter para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, establecido en el artículo 2 de la Convención.³⁵² Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que en el derecho de gentes,

³⁴⁹ *Caso Ricardo Canese c. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párrs. 147 y 148. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General No. 31, sobre la "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

³⁵⁰ *Caso Velásquez*, Sentencia, cit., párr. 162 y *Caso Godínez*, cit. párr. 174.

³⁵¹ *Caso Velásquez*, Sentencia, cit., párr. 166 y *Caso Godínez*, cit., párr. 175.

³⁵² El artículo 2 de la Convención establece que: "[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

[...] una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.³⁵³

Además,

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³⁵⁴

En opinión de la Corte IDH, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos."³⁵⁵

Dicha conducta estatal se refiere no sólo a los órganos ejecutivos y legislativos sino también a los judiciales y, como ya se ha mencionado, una sentencia judicial o una práctica judicial pueden constituir no sólo conductas que deriven en la responsabilidad internacional del Estado sino también medidas tendentes a modificar el orden interno y las prácticas estatales de conformidad con los compromisos internacionales.³⁵⁶

Al respecto, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, consideran que la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

353 Entre otras, *Caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones, párr. 68 y *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia sobre fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136.

354 *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207 y *Caso Durand y Ugarte*, cit. párr. 137.

355 *Caso Velásquez*, cit., párr. 167 y *Caso Godínez*, cit., párr. 176.

356 Cfr. NIKKEN, Pedro, "El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José" en ARISMENDI, Alfredo y CABALLERO ORTIZ, Jesús (Coords), *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, T. III, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2449 y 2459.

derecho internacional humanitario dimana de: a) Los tratados en los que un Estado sea Parte; b) El derecho internacional consuetudinario; y c) El derecho interno de cada Estado (Principio I.1).

En consecuencia, si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente: a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno; b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia; c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación; y d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que imponen sus obligaciones internacionales. (Principio I.2).

Además, conforme con el Principio II (*Alcance de la obligación*) de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional; c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación.

B) Los deberes específicos de los órganos judiciales nacionales

Como se señaló en el apartado anterior, la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos es una obligación compleja que abarca, al menos, los siguientes deberes: deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos; deber de investigar las

violaciones ocurridas; deber de sancionar a los responsables y deber de reparar las consecuencias de las violaciones. Este deber general de respeto y garantía de los derechos humanos se proyecta a todos los órganos del Estado y se manifiesta en el ejercicio de sus competencias que el orden interno, a partir del reconocimiento del deber de garantizar la protección eficaz (*effet utile*) de los derechos consagrados. Como bien señala el profesor Cançado Trindade: "*O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais.*"³⁵⁷

Así, el Poder Judicial comparte junto con los demás órganos del Estado las obligaciones generales de respeto y garantía que dada la función que desempeña adquiere una importancia particular. Que los tribunales nacionales respeten el derecho internacional no sólo implica que no dicten resoluciones manifiestamente incompatibles con sus obligaciones internacionales sino también que apliquen e interpreten las reglas de DI de conformidad con los principios generalmente reconocidos. Asimismo, es deber de los jueces reparar por medio de la aplicación del derecho las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes públicos o por actores privados.

De la misma forma, los jueces son los encargados de mantener la coherencia del sistema constitucional a través del control de actos y leyes generales, y de promover los valores y principios que sustentan el régimen constitucional e internacional teniendo como premisa el respecto a la dignidad de la persona humana. Por ello también el foro judicial se convierte en órgano promotor del DIDH y con base al principio de subsidiariedad en garante de los derechos humanos internacionales, por lo que se le encomienda la labor de ser la última instancia previa a la internacional a través de la regla del agotamiento de los recursos internos, siempre que estos existan y sean eficaces.

En este sentido los jueces comparten y en mucho son los depositarios de las obligaciones generales del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente toda vulneración a los derechos humanos de forma tal que impidan la impunidad y reparen plenamente la violación. En tanto garantes de tales derechos, los tribunales se identifican además con los derechos a un debido proceso legal y a una tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

357 CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. II, *op. cit.*, p. 148.

a) Deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos

El deber de prevención conlleva una obligación positiva a cargo de los Estados de realizar todas las conductas necesarias tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos y a evitar que sean vulnerados.³⁵⁸ El deber de prevención está ligado al deber general de adecuar el orden interno al internacional, lo que supone también adoptar todas las medidas necesarias y razonables para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos humanos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (p.e. normas sustantivas como consagración de tipos penales, normas procesales e instrumentos de garantía). En palabras de la Corte IDH:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado [...].³⁵⁹

El deber de prevención se relaciona con el carácter autoaplicativo de los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación por los jueces nacionales. Al respecto, como lo ha destacado por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, “las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico

³⁵⁸ En general el deber de prevención debe ser analizado desde la perspectiva de la “razonabilidad” de las medidas y la “previsibilidad” de las conductas violatorias de los derechos humanos, además que ha de acreditarse el nexo de causalidad entre la omisión estatal y el hecho ilícito. *Cfr.* CONFORTI, Benedetto, “Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations” en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, op. cit., 129-137.

³⁵⁹ Véase, entre otros, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 175.

interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales”; el deber de agotamiento previo de los recursos internos “refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto.” En general, corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, no obstante “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”. El Comité advierte que los Estados han empleado diversos métodos de incorporación. Algunos no han hecho nada; otros “han transformado el Pacto en legislación interna, complementando o enmendado la legislación ya vigente, sin invocar los términos específicos del Pacto” y otros lo han adoptado o incorporado a su legislación interna, “de forma que mantienen intactos sus términos y se les da validez formal en el ordenamiento jurídico nacional”, en ocasiones mediante disposiciones constitucionales en las que se concede prioridad a las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos con respecto a cualquier ley interna contradictoria. Para el Comité cualquiera que sea la metodología preferida, los medios elegidos tienen que garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones internacionales, asegurando su justiciabilidad; no obstante, “la incorporación directa evita los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado para incluirlas en la legislación nacional, y permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales”.³⁶⁰

360 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Observación general 9, “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales” (17º período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997), párs. 4-8. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha destacado la importancia de informar adecuadamente a los jueces de la naturaleza de los tratados internacionales y de tales derechos. Ello considerando que: “En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. Para poder desempeñar efectivamente esta función hay que informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación. Por ejemplo, cuando las actuaciones judiciales afectan a gobiernos, éstos deben fomentar las interpretaciones de las leyes nacionales que den efecto a sus obligaciones derivadas del Pacto. Del mismo modo, en la formación judicial se debe tener en cuenta la justiciabilidad del Pacto. Es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata” (pár. 11).

Un primer aspecto central en materia de prevención de violaciones a los derechos humanos vinculados con el acceso a la justicia, desde una dimensión institucional, es el establecimiento de leyes que garanticen la existencia y efectividad de tribunales competentes, independientes e imparciales. Asimismo, dentro de las prácticas judiciales que deben modificarse están aquellas que suponen la negación al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso.

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, señaló que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.³⁶¹ En este sentido, “para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.³⁶²

Corresponde a los jueces velar por la aplicación de tales medidas y ejercerlas de forma tal que las garantías judiciales garanticen un efecto útil. Esto es así porque, como ha reiterado la Corte IDH, no basta con que se prevea la existencia de recursos judiciales internos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.³⁶³

La efectividad de los recursos judiciales supone no sólo que los jueces nacionales guíen sus conductas de conformidad con los lineamientos de la CADH sino también que se abstengan de aplicar leyes incompatibles con la misma; y, ahí donde es posible, han de señalar oportunamente al legislador su deber de adecuar el orden interno a la normativa internacional, ello nos remite necesariamente a la noción de “control judicial interno de convencionalidad de leyes”.

³⁶¹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 117.

³⁶² *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 147.

³⁶³ Entre otros, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 7.

El deber de prevención entonces se expresa en la obligación positiva del Estado de adoptar todas las medidas razonables para prevenir la vulneración de los derechos humanos y su constatación requiere un análisis de las acciones estatales considerando factores de previsibilidad, causalidad y riesgo objetivo. En consecuencia el deber de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Sin embargo, en ciertos casos, la falta de diligencia debida de los Estados y la creación de una situación objetiva de riesgo son suficientes para considerar que se ha vulnerado el deber de prevención. Desde esta perspectiva, el deber de prevenir supone, por un lado, que los jueces adopten las medidas necesarias para garantizar de manera efectiva el derecho de pleno acceso a la justicia y, por otro, que los jueces al resolver las controversias que se les presenten actúen de tal modo que eviten que otras autoridades del Estado, o ellos mismos, incurran en responsabilidad internacional.³⁶⁴

Otra modalidad de prevención de violaciones a los derechos humanos, particularmente aquellas cometidas por los jueces nacionales es a través de la promoción, el estudio y el fomento de una cultura de respeto a los derechos humanos. La difusión de los textos internacionales y de las sentencias internacionales para efecto de conocimiento de los jueces, así como la debida capacitación para su correcta interpretación, son fundamentales para crear un ambiente propicio a la aplicación del DIDH.³⁶⁵

³⁶⁴ Al respecto, como lo advierte Nollkaemper, el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha destacado que “*its role was to prevent breaches of international law by the incorrect application of an international obligation by the German courts which might give rise to the international responsibility of Germany*”. En palabras del tribunal alemán: “*Admittedly, as part of its competence the Federal Constitutional Court is also competent to prevent and remove, if possible, violations of public international law that consist in the incorrect application or non-observance by German courts of international-law obligations and may given rise to an international-law responsibility on the part of Germany [...]. In this, the Federal Constitutional Court is indirectly in the service of enforcing international law and in this way reduces the risk of failing to comply with international law. For this reason it may be necessary, deviating from the customary standard, to review the application and interpretation of international-law treaties by the ordinary courts.* [pár. 61] ” *Görgülü Case*, 2 *BverfG* 307 (2004) cit. en NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., p. 43.

³⁶⁵ En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación Rec(2002) 13, relativa a la publicación y difusión al interior de los Estados miembros del texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la recomendación se considera que el fácil acceso a la jurisprudencia del Tribunal Europeo es fundamental para la efectiva implementación del Convenio a nivel nacional y permite asegurar la conformidad de las decisiones nacionales con tal jurisprudencia, así como prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. Asimismo, los Estados miembros deberán asegurarse que los jueces tengan copia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y sean oportuna y rápidamente informados de los casos del Tribunal Europeo.

b) Deberes de investigar los hechos y sancionar a los responsables

El deber de justicia penal o deber de justicia ha sido definido por Sergio García Ramírez, como el deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurrieron en violaciones de los derechos humanos.³⁶⁶ De esta obligación de justicia de los Estados depende la vigencia efectiva de los derechos humanos. El cumplimiento de este deber es el presupuesto necesario de todo Estado de derecho donde las violaciones a los derechos humanos sean efectivamente investigadas, sancionadas y reparadas. De no ejercer esta justicia, “vendría por tierra el aparato nacional e internacional de tutela de los derechos humanos, erosionado por la impunidad.”³⁶⁷

El deber de justicia tiene una doble raíz. Una de base constitucional y otra internacional. En este último ámbito el deber de justicia viene impuesto por los tratados internacionales (en ciertos casos también por el derecho internacional general) y reforzado en casos de circunstancias agravadas por las normas relativas a la responsabilidad del Estado y al deber de reparación.

Para el cumplimiento efectivo del deber de justicia por parte de los jueces nacionales es preciso que se adopten las disposiciones legislativas necesarias a efecto de otorgar suficiente competencia a los jueces para conocer de tales violaciones. Aquí se hace más evidente la íntima relación entre el deber general de respeto y garantía de los derechos humanos y la obligación de adecuar el ordenamiento interno al internacional.

En el ámbito interamericano, el deber de los Estados de investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la CADH se incumple, según la Corte IDH, cuando el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos. La obligación de investigar es una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la

³⁶⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Las reparaciones en el sistema interamericano de Protección de los derechos humanos" en *La Jurisdicción Internacional. Derechos humanos y la Justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 315.

³⁶⁷ Ídem.

investigación no produzca un resultado satisfactorio.³⁶⁸ Sin embargo, la investigación de los hechos debe ser realizarse con la debida diligencia, con seriedad y no como una mera formalidad carente de resultados o condenada de antemano a ser infructuosa. La Corte IDH ha reiterado que “la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.”³⁶⁹

De esta forma, “la obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”. Desde su primera sentencia, Corte IDH ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, “el cual adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados.”³⁷⁰

Por tanto, la investigación de los hechos “debe de tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses de particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.” En consecuencia, en caso de ser procedente, los jueces deberán aplicar las sanciones correspondientes de conformidad con el derecho aplicable y siguiendo los principios debidos de proporcionalidad, así como los principios generales de valoración de la prueba.³⁷¹

Además, la investigación que deben emprender los Estados “debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva” lo que “implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas diligencias que

368 Entre otros, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 176.

369 Entre otros, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 83.

370 Entre otros, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párrs. 435-437.

371 Entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párrs. 61-64; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 144; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 212.

sean necesarias con el fin de intentar obtener un resultado.”³⁷² En consecuencia han de limitarse las restricciones al ejercicio efectivo del derecho a la justicia y las medidas que imposibiliten la investigación de los hechos.

En este sentido, sobre los límites o restricciones en el ámbito interno a la investigación de violaciones a los derechos humanos, la Corte IDH ha reiterado "que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos [...] surta sus debidos efectos y, en particular, debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad."³⁷³ En este sentido, el tribunal considera:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos.

En especial, las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento

³⁷² Entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 65.

³⁷³ Entre otras, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 276. Sobre este tema véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Dos temas de la Jurisprudencia Interamericana: 'Proyecto de Vida' y Amnistía" y "Cuestiones ante la Jurisdicción Internacional", ambos en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 247-267 y 349 y 393; CORCUERA CABEZUT, Santiago, "Las Leyes de Amnistía a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en CORCUERA, S. y GUEVARA, José Antonio (coords.), *Justicia Penal Internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 97-127.

y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.³⁷⁴

En el mismo sentido, la Corte IDH considera, respecto de la posible prescripción de causas pendiente a nivel de derecho interno que implican violaciones graves a los derechos humanos, que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”; en virtud de las obligaciones generales de respeto y garantía consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana que “requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.”³⁷⁵ Estas consideraciones son aplicables respecto de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos como respecto del cumplimiento de las resoluciones de la propia Corte Interamericana. Al respecto:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado les sea asegurado un efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes.³⁷⁶

En el mismo sentido, respecto de la figura de la prescripción, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, señalan que, cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, “no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.” Asimismo, “las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones

³⁷⁴ Entre otros, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 225-229.

³⁷⁵ Entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, pár. 117.

³⁷⁶ Entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 151.

que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas.”³⁷⁷

Ahora bien, el deber de justicia se proyecta también en el ámbito del procesamiento y sanción de conductas que configuran crímenes internacionales y que se expresa en la formula latina *aut dedere aut judicare* o *aut dedere aut prosequi*, lo que supone el deber de extraditar o enjuiciar los crímenes más graves de derecho internacional mediante la cooperación internacional.³⁷⁸ Este deber está íntimamente relacionado también con el principio de complementariedad en el marco del Derecho penal internacional y con el ejercicio de la jurisdicción universal.

El deber de extraditar o juzgar se encuentra previsto de diferentes formas en distintos instrumentos internacionales y supone la necesaria concurrencia de jurisdicciones entre diversos órganos judiciales respecto de crímenes considerados de interés internacional.³⁷⁹ El deber de extraditar o juzgar es (respecto de esta última obligación de enjuiciar) una modalidad específica derivada de circunstancias agravantes del más amplio deber general de justicia penal.

³⁷⁷ Principio IV.

³⁷⁸ Cfr. BASSIOUNI, Cherif y WISE, Edward, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, p. 3; BASSIOUNI, M. Cherif, “The History of Universal Jurisdiction and its Place in International Law” y BUTLER, A. Hays, “The Growing Support for Universal Jurisdiction in National Legislation”, ambos en MACEDO, Stephen (ed.) *Universal Jurisdiction and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp. 40-63 y 67-76 (respectivamente); BROOMHALL, Bruce, *International Justice and International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 110 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 262 y ss.; REMIRO BROTONS, Antonio, “Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial” en *El derecho penal internacional*, VII-2001, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, pp. 74 y ss.

³⁷⁹ Entre los diferentes tratados que establecen esta obligación de extraditar o juzgar y que se relacionan con la jurisdicción de la CPI, están: Los Convenios de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario (arts. 49-50 del Convenio I, arts. 50-51 Convenio II, arts. 129-130 del Convenio III, arts. 146-147 del Convenio IV, y el artículo 85-88 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio aunque sólo referida al Estado del territorio y a la posible creación de un Tribunal Internacional (arts. 1, 4, 6); Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (atr. 1 4, 9-16); la Convención contra el *apartheid* (art. 5).

c) Deber de luchar contra la impunidad, cooperación judicial y derecho a la verdad

El deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos se relaciona también con el deber de luchar contra la impunidad, el deber de cooperación internacional y con el derecho a la verdad de las violaciones graves de los derechos humanos.³⁸⁰

Al respecto, la Corte IDH ha entendido como impunidad “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”³⁸¹

En el mismo sentido, dentro de las obligaciones generales que se reconocen en el *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* elaborado en el marco de los trabajos de la otrora Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se considera (de acuerdo con el *Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad*), que la impunidad “constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a

³⁸⁰ En los últimos años el interés y necesidad de establecer mecanismos para preservar y determinar la verdad sobre situaciones de violaciones manifiestas a los derechos humanos ha llamado la atención de diferentes instancias internacionales. Véase, por ejemplo, la resolución del Consejo de Derechos Humanos *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 21/7. El derecho a la verdad*, Doc. A/HRC/RES/21/7, 10 de octubre de 2012 e *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad*, A/HRC/5/7, 7 de junio de 2007.

³⁸¹ Entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 148. En el informe de la experta independiente de la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Diane Orentlicher, encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, se entiende por impunidad “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”. Cfr. NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 6.

penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones."³⁸²

En consecuencia una situación de grave impunidad constituye una infracción del deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables de los hechos violatorios de los derechos humanos (deber de justicia) que lesiona a las víctimas así como a sus familiares y que propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata. En el marco del DIDH existe un derecho de las víctimas y sus familiares, e incluso de la sociedad en su conjunto, de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los hechos.³⁸³ En este sentido el Estado y en particular los jueces y ministerios públicos tienen el deber de investigar los hechos y sancionar a las personas responsables, obligación que debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.

En casos de extrema gravedad, tales como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras violaciones graves a los derechos humanos, “el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y

³⁸² Cfr. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 7.

³⁸³ El derecho a saber tiene una dimensión individual y otra colectiva. Al respecto son ilustrativos los criterios establecidos en el *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad*, en particular los principios generales contenidos en el amplio "derecho a saber", tales como: el "derecho inalienable a la verdad", el "deber de recordar", el "derecho de las víctimas a saber" y las "garantías para hacer efectivo el derecho a saber". En tales principios se reconoce, entre otras cosas, el derecho inalienable de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes; el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio e incumbe al Estado preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones; el derecho de las víctimas y sus familias a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y el deber de los Estados de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, pp. 7-8.

castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.”³⁸⁴

Adicionalmente, la Corte IDH ha destacado que, tratándose de violaciones graves u sistemáticas de derechos humanos, los Estados deben “adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan”. Ello, toda vez que

[...] la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.³⁸⁵

Por ello, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables. Además, “un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes”. El mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la CADH, junto con las obligaciones internacionales en la materia, “vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso”.³⁸⁶

³⁸⁴ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello, vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, pár. 143.

³⁸⁵ *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, pár. 131.

³⁸⁶ Para la Corte, “la inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido”. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 130-132 y *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160.

Sobre el derecho a la verdad, la Corte IDH, en diversas ocasiones, se ha referido al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer la verdad de lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos.³⁸⁷ En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones.

Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el DIDH y al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación y constituye una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.³⁸⁸

Así entendido, el derecho a la verdad forma parte del "deber de justicia" y en especial del derecho que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, sus familiares y toda la sociedad a conocer la verdad de lo sucedido, como un medio importante de reparación.³⁸⁹ Por ello, el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad y sancionar a los eventuales responsables, lo que supone, en ocasiones, localizar el paradero de las víctimas o sus restos, e informar a los familiares sobre ello; así como repararlos justa y adecuadamente.³⁹⁰

En conjunto, "el Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de

387 Entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 228 y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 62.

388 Entre otros, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 62; *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 128; y *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 97.

389 Entre otros, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 274.

390 Entre otros, *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 253, párr. 229. Al momento no existe un reconocimiento pleno de la jurisprudencia interamericana de un derecho a la verdad autónomo. Cfr. MÉNDEZ, Juan E., "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos" en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª ed., Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1998. Por otra parte, en el *Estudio sobre el derecho a la verdad* preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/CN.4/2006/91) se considera que el derecho a la verdad sobre violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario es un derecho autónomo e inalienable estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos y de realizar investigaciones eficaces de tales violaciones y se vincula a otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, a la protección jurídica y judicial, a la vida familiar, a una investigación eficaz, al derecho a ser oído por un tribunal a recibir una reparación, o no sufrir torturas o malos tratos y al derecho a solicitar y difundir información.

graves violaciones de derechos humanos”.³⁹¹ Asimismo, la Corte IDH ha reiterado que, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. No obstante, también ha precisado que “las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes”, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponde a la propia Corte IDH.

Se trata –ha dicho la Corte– “de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen”. De hecho, la Corte “ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción”.³⁹² Con ello, la Corte contribuye a la práctica social de la memoria, al recuperar las narrativas de las víctimas a fin de exponer los hechos desde una perspectiva más plural.³⁹³

En situaciones de conflicto armado interno, la Corte IDH ha enfatizado que situaciones “el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia

³⁹¹ *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 119.

³⁹² Así lo hizo, por ejemplo, respecto de Perú, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y México, en los casos *del Penal Miguel Castro Castro; la Cantuta; Almonacid Arellano y otros; Baldeón García; Gómez Palomino; Caso de la Cruz Flores; Masacre Plan de Sánchez; Maritza Urrutia*, y *Myrna Mack Chang, Caso Zambrano Vélez, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños y Caso Contreras y otros*. En el *Caso Radilla Pacheco*, la Corte valoró y tomó en consideración el Informe Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado y señaló que “el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas en el caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones”. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 75, 116.

³⁹³ *Cfr.* DEL TORO, Mauricio, “Justicia desde el olvido: violencia contra las mujeres en situación de conflicto armado y deber de memoria en la jurisprudencia interamericana”, en AA. VV., *Las mujeres en los conflictos armados: El papel del Derecho Internacional Humanitario*, MONTROYA, Isabel (coord.), México, Fontamara/SCJN, 2014, pp. 131-174.

particular”.³⁹⁴ Por ejemplo, en el *Caso “Diario Militar”*, la Corte estimó necesario hacer un pronunciamiento específico sobre el derecho a conocer la verdad de los familiares de las víctimas, considerando que se evidenció el ocultamiento de información estatal a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), aunado a la situación de impunidad sobre los hechos, ello permitió concluir “que se ha impedido a los familiares el esclarecimiento de la verdad tanto por vías judiciales como por vías extrajudiciales”, reiterando que “la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad”.³⁹⁵

El hecho de que progresivamente la Corte IDH haya incorporado el análisis contextual de los hechos denunciados –incluso cuando los Estados han aceptado su responsabilidad sobre los mismos– ha contribuido a la reconstrucción de la verdad histórica de los conflictos armados o de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos en la región, así como a visibilizar patrones sistemáticos de discriminación o falta de debida diligencia oficial, definiendo también las condiciones que hicieron posible tales violaciones; la complejidad de las relaciones sociales de poder en que surgen o se inscriben y el origen de la responsabilidad sobre las mismas, que muchas veces se configura a partir de la falta de prevención, deficiente capacitación, indebida investigación o ciertas actitudes permisivas u omisas de las autoridades estatales. Todo ello permite consolidar los diversos relatos sobre situaciones generales y evita fragmentar la verdad en los procesos judiciales, reduciendo con ello las limitaciones propias de la “verdad judicial” para incorporar elementos que sólo pueden comprenderse cuando se analizan dentro de la circunstancia que los generan.

Sobre el tema del derecho a la verdad, la propia Corte IDH en el *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia*,³⁹⁶ recordó que en

³⁹⁴ *Caso “Diario Militar”*, pár. 298 y *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 176.

³⁹⁵ Entre otros, *Caso “Diario Militar”*, párrs. 299-302.

³⁹⁶ *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287, párrs. 509-511.

distintos casos ha considerado que el derecho a la verdad “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención”³⁹⁷ Anteriormente, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte IDH estableció el criterio por el cual una violación al artículo 13 de la CADH, en virtud del derecho a la verdad, requiere de circunstancias y hechos concretos que sean violatorios del derecho a buscar y recibir información y no solamente del derecho a una investigación efectiva.³⁹⁸

Al respecto, en el caso *Gomes Lund y otros (Guerilla de Araguaia) vs. Brasil*, la Corte IDH declaró una violación autónoma del derecho a la verdad que, por las circunstancias específicas de dicho caso, constituyó, además de una violación al derecho de acceso a la justicia y recurso efectivo, una violación del derecho a buscar y recibir información, consagrado en el artículo 13 de la CADH, dada la imposibilidad de los familiares de las víctimas de desaparición forzada de obtener información sobre las operaciones militares donde desaparecieron, por medio de una acción judicial de acceso a la información.³⁹⁹

³⁹⁷ Entre otros, *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 166; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párr. 180. Por otra parte, la Corte recordó que en algunos casos tales como *Anzualdo Castro y otros vs. Perú y Gelman vs. Uruguay* realizó consideraciones adicionales y específicas aplicables al caso concreto sobre la violación del derecho a la verdad (*Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párrs. 168 y 169, y *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párrs. 192, 226 y 243 a 246). Asimismo, en el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala* la Corte analizó la violación del derecho a conocer la verdad en su análisis del derecho a la integridad personal de los familiares, pues consideró que, al ocultar información que impidió a los familiares el esclarecimiento de la verdad, el Estado respectivo había violado los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana (Cfr. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 202).

³⁹⁸ *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 120.

³⁹⁹ Al respecto, en el caso *Gomes Lund y otros*, la Corte observó que, de conformidad con los hechos del mismo, el derecho a conocer la verdad se relacionaba con una acción interpuesta por los familiares para acceder a determinada información, vinculada con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, por lo cual analizó aquel derecho bajo esta norma. Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201 y punto resolutivo sexto, que establece: “El Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25 de dicho

En su voto concurrente a la sentencia en el *Caso Rodríguez Vera y otros*, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (voto al que se adhirieron los jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura Robles con algunas consideraciones adicionales), llamó la atención sobre la importancia del derecho a la verdad como un derecho autónomo e independiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y no necesariamente como un derecho subsumido en los artículos 8 y 25 de la CADH; ello, atendiendo la etapa jurisprudencial en que se encuentra el Tribunal Interamericano y a su carácter evolutivo, los avances en el derecho internacional de los derechos humanos, así como la legislación y jurisprudencia de distintos Estados parte de la CADH sobre el *derecho a conocer la verdad*.⁴⁰⁰ Lo anterior, considerando, además, que si bien el derecho a la verdad se enmarca fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso, el derecho a la verdad puede afectar distintos derechos consagrados en la CADH (como el derecho de acceso a la información (art. 13) o el derecho a la integridad personal (art. 5). Por ello, el juez Ferrer estimó necesario que la Corte IDH reconsidere sus criterios respecto a que el derecho a la verdad se encuentra necesariamente “subsumido” en el derecho de las víctimas y sus familiares a obtener el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes; para proceder, de ser el caso, a declarar su violación como derecho autónomo e independiente. Lo anterior clarificaría el contenido, dimensiones y verdaderos alcances del derecho a conocer la verdad.

instrumento, por la afectación del derecho a buscar y a recibir información, así como del derecho a conocer la verdad de lo ocurrido”.

400 En el voto se recuerda que el derecho a la verdad derecho también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, y el reconocimiento de su carácter “autónomo e inalienable”, “estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, y con su obligación de realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las infracciones graves del derecho humanitario, así como de garantizar recursos efectivos y reparación”; pero que a la vez “está estrechamente vinculado a otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial, el derecho a la vida familiar, el derecho a una investigación eficaz, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener reparación, el derecho a no sufrir torturas ni malos tratos y el derecho a solicitar y a difundir información”. *Cfr.* Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Estudio sobre el derecho a la verdad*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, párrs. 55 a 57.

d) Deber de reparación integral

El derecho a la reparación por violaciones a los derechos humanos supone una reparación plena y efectiva, una *reparación integral*. La reparación tanto en el ámbito nacional como internacional deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso y deberá ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación.⁴⁰¹ Las pautas internacionales son guías vinculantes de actuaciones para las autoridades nacionales en tanto parámetros mínimos.⁴⁰²

Las formas generalmente reconocidas de reparación abarcan la restitución (*restitutio in integrum*), indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, así lo disponen los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, (Principio IX, relativo a la "Reparación de los daños sufridos"). Los Principios se refieren a cada una de estas formas de reparación de la manera siguiente:

19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

⁴⁰¹ Tanto la Asamblea General de Naciones Unidas como la antigua Comisión de Derechos Humanos al aprobar, respectivamente, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, recomendaron "que los Estados tengan en cuenta los Principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general". Asamblea General, Res. 60/147 y CDH, Res. 2005/35.

⁴⁰² *Cfr.* GARCÍA RAMÍREZ; Sergio, "Reparaciones de fuente internacional por violaciones de derechos humanos (Sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1º Constitucional bajo la reforma de 2011), en AA. VV., *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, ZALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (coords.), México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 167-199.

d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas

internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan."⁴⁰³

Cualquiera que sea la forma que adopte el deber de reparar, como señala el profesor Aguiar, "debe cristalizarse en un resultado objetivo y mensurable a fin de que se le considere debidamente cumplido."⁴⁰⁴ Si bien los modos de reparación pueden exigir conjuntamente la actuación de distintos poderes públicos, los jueces son los principales garantes de que se otorgue una adecuada reparación en el ámbito interno. Como se señaló, cuando los jueces incumplen algunas de estas "obligaciones primarias", surge la responsabilidad internacional del Estado y el consecuente deber de reparación regido en sentido pleno por el derecho internacional. De esta forma una adecuada reparación en el ámbito interno, que considere en lo conducente las normas y criterios internacionales, garantiza no sólo la efectividad de los recursos y el debido proceso sino también que las violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos se resuelvan en el ámbito interno sin necesidad de recurrir a las instancias de protección internacional.⁴⁰⁵

La Corte IDH ha reiterado, conforme a los principios de DI aplicables, que toda violación de una obligación internacional que ha producido daño trae consigo el deber de repararlo adecuadamente.⁴⁰⁶ Al respecto el artículo 63.1 de la Convención Americana dispone:

⁴⁰³ Asamblea General, Res. 60/147, Anexo.

⁴⁰⁴ AGUIAR, A., *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, op. cit., p. 204.

⁴⁰⁵ Como lo destaca Nollkaemper: "When making a finding of a (possible) breach of international obligations, domestic courts should consider principles of international responsibility –not (only) because international law imposes affirmative duties to do so, but because the primary and secondary rules form an interdependent whole and the full scope and effects of the primary norms cannot be determined in isolation from the secondary norms". NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., p. 187.

⁴⁰⁶ Sobre el tema de las reparaciones ante la Corte IDH, véase: SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, "Algunas Consideraciones sobre las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio A. Cançado Trindade*, Zerbini Ribeiro, Renato, (coord.) Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005, pp. 95-133; Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, 2ª ed., Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009, y CALDERÓN, Jorge, "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano" en AA. VV., *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y otros, Tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, pp. 220-257; CANÇADO TRINDADE, A., "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones" y CASSEL, Douglass, "El alcance e impacto cada vez

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁴⁰⁷

En el ámbito interamericano, de conformidad con la Corte IDH, la reparación del daño “requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior.”⁴⁰⁸ De no ser esto posible (como en muchos casos de violaciones a los derechos humanos),

[...] el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados. El Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al Derecho Internacional.⁴⁰⁹

En consecuencia las reparaciones, como el término lo indica, “consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer o mitigar los efectos de las violaciones cometidas. Su

mayor de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ambos en AA. VV., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 189-214 y 215-258, respectivamente.

⁴⁰⁷ Tal precepto convencional “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados.” De esta manera, “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.” Entre otros, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 52.

⁴⁰⁸ Esta fórmula es empleada por la Corte frecuentemente, aunque en realidad en ningún caso de violaciones graves a los derechos humanos sea posible “el restablecimiento de la situación anterior”. Como lo ha puesto de manifiesto el juez Sergio García Ramírez: “La plena restitución es lógica y materialmente impracticable, a no ser que se trate de violaciones formales, virtuales, sin impacto sobre ninguna vida, que sea posible suprimir como se expulsan en una computadora las palabras erróneas o indeseables.” Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 95. En el mismo sentido su Voto concurrente a la sentencia en el *Caso Bámaca Velásquez*, de 25 de noviembre de 2000. Sobre el tema de las reparaciones véase GARCÍA RAMÍREZ, “Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ” en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 285-319.

⁴⁰⁹ Cfr. Entre otros, Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 53; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 224; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 259, y *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 194.

naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En este sentido, las reparaciones que se establezcan, deben guardar relación con las violaciones declaradas por la instancia internacional y con la gravedad de los hechos probados.”⁴¹⁰

En este sentido, al momento de decidir sobre la reparación han de tomarse en cuenta los efectos de las violaciones de derechos humanos en sus dos dimensiones: individual y colectiva. Como lo expresa Pablo Saavedra: "Los daños que causan las violaciones de derechos humanos tienen una doble dimensión. Por un lado, tienen una dimensión individual, que es aquel daño que se causa a la víctima y a cada uno de los miembros de su familia. Por el otro, tienen una dimensión colectiva, que se refiere al daño que se causa a la sociedad en su conjunto y al tejido social de ésta."⁴¹¹

También para Cançado Trindade las reparaciones deben responder al daño causado desde la perspectiva de la persona y del sufrimiento humano:

Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social, que, al valorizar la violencia y la agresividad, relega a una posición secundaria a las víctimas, olvidándose de que el ser humano representa la fuerza creadora de toda la comunidad. El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a toda la sociedad como un todo [...] Las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás.⁴¹²

En el ámbito interno, el deber de reparar las violaciones de derechos humanos recae sobre todo en los jueces nacionales. Así, conforme con los principios generales apuntados, por

⁴¹⁰ Entre otros, Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005, párrs. 86 y ss; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párr. 63.

⁴¹¹ SAAVEDRA, Pablo, "Algunas Consideraciones sobre las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 98. Véase también GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones" en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 271-343 y NASH Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, 2ª ed., Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009.

⁴¹² *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 22.

una parte, los jueces están obligados a reparar las violaciones a los derechos humanos de forma independiente y no requieren para ello de un pronunciamiento de la autoridad internacional. Por la otra, una vez declarada la responsabilidad internacional por una instancia internacional los jueces están obligados a cumplir los deberes derivados de dicha declaración, en particular los deberes de investigar los hechos y sancionar a los responsables y, de ser el caso, el deber de control de convencionalidad, respecto de leyes y actos incompatibles con las obligaciones internacionales.⁴¹³ Ya sea al momento de determinar el alcance de las reparaciones en el ámbito interno de manera independiente o en cumplimiento de una determinación internacional, la nulidad de los actos y leyes incompatibles con las obligaciones internacionales, como medida de reparación, supone una forma de restitución legal (*legal restitution*) que acompaña la declaración de incompatibilidad de la ley o acto interno con el ordenamiento internacional, que en sí misma también constituye una forma de satisfacción. De la misma forma, la determinación de una laguna normativa y la orden de los jueces internos para legislar en determinada materia, a fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, también constituye una forma de reparación jurídica y una garantía de no repetición.⁴¹⁴

En esta tarea resulta importante puntualizar la importancia de que los jueces nacionales adopten el horizonte establecido por la jurisprudencia internacional, en ejercicio de un control de convencionalidad interno que no sólo evite un procedimiento internacional sino que demore la reparación integral a las víctimas. De esta forma, al emitir una determinación sobre presuntas violaciones a los derechos humanos, sobre la investigación realizada, en su caso, sobre la sanción a los responsables y la reparación a las víctimas, los jueces nacionales deben considerar el conjunto de los deberes generales y especiales de las

⁴¹³ Como lo destaca Nollkaemper, “*We can distinguish between two situations in which a domestic court may be asked to rule upon an internationally wrongful act. First, domestic courts may find that an international wrong has been committed. The second situation arises when an international court has made a finding that an international wrong has been committed and a domestic court is asked to give effect to that finding*”. NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., pp. 168 y 169.

⁴¹⁴ *Ídem*, pp. 197 y 204. En general, como lo advierte el propio Nollkaemper, “*an increasing number of [...] decisions of national courts show that the practice of national courts has become an fertile terrain for the implementation of responsibility, sometimes giving effect to a specific international obligation of reparation, but more often by giving meaning to general principles of reparation in a specific context in which international itself will necessarily have to be modest, and will have to defer to and rely on national courts. In this respect, the practice of many national courts in regard to reparation provides another example of the complementary and mutually supportive roles of the international and the national legal orders*” (p. 213).

diferentes autoridades a fin de determinar cuáles medidas de reparación resultan adecuadas para garantizar una reparación integral y garantizar la no repetición de las conductas. Lo anterior dependerá de la recepción en el ámbito interno de los instrumentos internacionales y de los alcances que los jueces nacionales otorguen a dichos instrumentos.

e) El deber especial de control judicial interno de convencionalidad

La interpretación armónica de los deberes generales y los deberes específicos permiten una mejor comprensión del desarrollo jurisprudencial sobre el denominado control judicial interno y difuso de convencionalidad que ha sido desarrollado por la Corte IDH y por un sector cada vez más amplio de la doctrina.⁴¹⁵

En principio, la interrelación entre los deberes de respeto y garantía de los derechos y el de adecuación de las normas y prácticas internas ha sido precisada en el sentido de que la expresión “o de otro carácter”, contenida en el texto del artículo 2° de la CADH, incluye cualquier medida, incluyendo la actuación de los órganos de justicia, lo que implica “evidentemente –como o expresa el juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor–, las interpretaciones que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para ‘hacer efectivos’ los derechos y libertades del Pacto que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención”; de forma tal que “si

415 Sobre el tema, véase, entre otros, ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Argentina, Ediar, 2008; AYALA Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 211-243; SAGÜES, Néstor, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano” y Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad” ambos en Armin von Bogdandy y otros (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 449-468 y 469-495 (respectivamente); SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, UNAM-Marcial Pons, 2013; JIMENA Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013 y NOGUEIRA Alcalá. Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus-IIDH, 2014.

una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la CADH, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” prevista en el artículo 2º del Pacto de San José”, dado que el artículo 29 del mismo instrumento prohíbe interpretaciones más restrictivas que las convencionalmente previstas o desarrolladas por la jurisprudencia interamericana, al constituir un estándar mínimo.⁴¹⁶

En el mismo sentido se expresa Humberto Nogueira Alcalá, quien considera que “la expresión “medidas [...] de cualquier otro carácter” que determina la Convención en su artículo 2º, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente”.⁴¹⁷

Así lo han interpretado también algunas cortes constitucionales y supremas, como la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia argentina. La primera destacó que “entre las medidas de ‘otro carácter’ deben incluirse las sentencias judiciales” que deben buscar “hacer efectivos los derechos reconocidos en los pactos de derechos humanos” (Sentencia de 28 de mayo de 1997, C-251) y la segunda al considerar que “entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales” (Caso Ekmekdjian vs. Sofovich y otros, Sentencia de 7 de julio de 1992).⁴¹⁸

Al respecto, la Corte IDH en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*⁴¹⁹ formuló los aspectos generales de su doctrina sobre el “control de convencionalidad” que, en su expresión más reciente establece:

Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre

416 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 en el *Caso Gelman vs Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, párrs. 47, 48 y 53.

417 NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales” en AA.VV., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, coordinado por Saiz Arnaiz, Alejandro y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 360.

418 Cit. en AYALA Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013, p. 106.

419 *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.⁴²⁰

El desarrollo paulatino de la doctrina por parte de la Corte IDH, impulsada desde antes y después de su formulación por sus jueces a través de votos razonados, configura en la actualidad uno de los temas que mayor reflexión ha suscitado respecto de los deberes de los jueces nacionales en el contexto del sistema interamericano.

Si bien, como se advierte a lo largo del presente trabajo y lo ha reiterado la doctrina, la consideración de los jueces como operadores del derecho internacional no es nueva, como tampoco el deber de adecuar el orden y las prácticas internas, incluyendo las judiciales, a los estándares internacionales (norma consuetudinaria bien asentada en el derecho internacional) y la imposibilidad de alegar normas o prácticas internas como justificación para incumplir una obligación internacional.⁴²¹ Como lo expone Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “la novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un ‘deber’ hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de ‘bloque de convencionalidad’ mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un

⁴²⁰ Cfr. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 221.

⁴²¹ Al respecto Carlos Ayala considera que el control de convencionalidad “en realidad no añade una nueva obligación a los Estados que no había sido ya desarrollada por la Corte IDH a la luz de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la CADH, con particular referencia a las leyes [de autoamnistía], así como el deber concreto de los jueces internos de ejercer dicho control”. AYALA Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit., p. 141. Al respecto, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 31, tomó nota de que “el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional”. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 15.

‘estándar’ en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho tribunal internacional.”⁴²²

En conjunto, el deber de control de convencionalidad se configura como un sistema de control extenso –vertical y general–, como lo destaco el ex juez García Ramírez en su voto razonado a la sentencia en el *Caso de los trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, caracterizado por un control propio, original o externo ejercido por la Corte IDH (concentrado) y en por un control interno (difuso) a cargo de los jueces nacionales, como una vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico internacional.⁴²³

En términos generales este deber de control es atribuible a todas las autoridades estatales en el ámbito de sus competencias pues, en atención al principio de unidad, el Estado en su integridad se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos humanos, no obstante el control judicial de convencionalidad es el que ha sido más explorado y desarrollado dadas las implicaciones que tiene, en tanto que los jueces nacionales son los primeros garantes de los derechos humanos en el ámbito interno. En el mismo sentido la CIDH también ejerce un control de convencionalidad internacional en tanto órgano de supervisión facultado para aplicar la CADH y otros instrumentos internacionales, siendo la Corte IDH el único órgano de control judicial de convencionalidad internacional en el sistema interamericano.⁴²⁴

De esta forma, el control judicial interno de convencionalidad debe ejercerse por los jueces nacionales de cualquier jerarquía, grado, cuantía o materia; debe hacerse de oficio sea invocado o no por las partes y a través de un control graduado en su intensidad y realización en función de las competencias de los órganos judiciales de los Estados y de las regulaciones procesales correspondientes, a partir del modelo de control reconocido en los ordenamientos internos (difuso o concentrado) de forma tal que opera como una herramienta hermenéutica, a través de un parámetro de interpretación conforme con base en

⁴²² Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad” en *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, op. cit., p. 710.

⁴²³ GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, op. cit., pp. 213-216.

⁴²⁴ Cfr. AYALA CORAO, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit., pp. 109 y ss. El autor distingue entre el control de convencionalidad en general y el control judicial de convencionalidad tanto en el ámbito interno como en el internacional.

el principio *pro persona*, y, en última instancia, como un mecanismo de control fuerte de inaplicación o invalidación normativa.

Al respecto la Corte IDH ha precisado que, en cualquier caso, el diseño del sistema de control de constitucionalidad no incide en los deberes de control judicial interno de convencionalidad, siendo que “la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria”.⁴²⁵

De esta forma el deber de control de convencionalidad se incorpora al modelo de control constitucional y legal interno como parte del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional) estableciéndose una suerte de “bloque de convencionalidad”, como parámetro mínimo de control, a partir de lo dispuesto, en principio, por la Convención Americana, sus protocolos, otros tratados que otorguen competencia a la Corte IDH y su jurisprudencia *latu sensu* (contenciosa, consultiva y aquella establecida al dictar medidas provisionales o resoluciones sobre cumplimiento o interpretación de sentencias), pudiéndose ampliar a otros instrumentos internacionales, incluso de otros sistemas (universal o regional) atendiendo a la complementariedad entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos; a los principios de interpretación de las norma internacionales y de la propia CADH; a la pretensión de universalidad de los derechos humanos, así como a la importancia creciente del derecho comparado internacional. El control debe resultar efectivo, lo que en general implica reconocer efectos con carácter retroactivo, a fin de que, en su caso, se reparen de manera integral las violaciones cometidas.⁴²⁶

Para algunos autores –como Nogueira, Brewer y Ayala, entre otros– el deber de control de convencionalidad en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales internas no implica necesariamente que debe atender al modelo de control

⁴²⁵ *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 88.

⁴²⁶ FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad” en *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, *op. cit.*, pp. 712 y 754.

judicial de constitucionalidad establecido en el ámbito interno (concentrado o difuso), sino que todos los jueces sin distinción pueden hacerlo, e incluso todos los órganos del Estado en el ámbito de sus competencias.⁴²⁷ Por tal circunstancia, toda vez que la Corte IDH no impone un modelo específico sino una obligación de resultado, en términos de efectividad, es conveniente, como lo ha resaltado García Ramírez, que en el ámbito interno se establezca una reglamentación adecuada a fin de generar seguridad y certeza y así evitar circunstancias en propicien “ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en la materia”.⁴²⁸ En su caso, resulta atractivo y conveniente, en sistemas con una tradición de control concentrado de constitucionalidad, establecer un mecanismo de “consulta de convencionalidad”; un reenvío eficaz respecto al control de la normatividad interna; o un sistema de control difuso sobre la base de un ejercicio informado y sometido a un control interno sobre la base de la interpretación más favorable de los derechos en términos del conjunto del sistema interamericano.

En cualquier caso, este control interno es susceptible de un control externo por la Corte IDH en términos de responsabilidad internacional, considerando que los recursos judiciales frente a violaciones de derechos humanos deben ser efectivos, de forma tal que un inadecuado o insuficiente control interno de convencionalidad puede acarrear la ineffectividad de los recursos judiciales intentados ante las instancias nacionales. Lo anterior, considerando además que “el control judicial de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso”, empezando por el respeto a la figura del juez natural.⁴²⁹

⁴²⁷ Cfr. NOGUEIRA, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, op. cit., p. 292; BREWER-Carias, Allan, “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos” en Brewer, Allan y Jaime Orlando Santofimio, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 65, y AYALA, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit., pp. 109-112. Para este último autor “no es dable confundir el control judicial de convencionalidad con otros mecanismos procesales de derecho interno, como es el control de constitucionalidad. El hecho de que se haya declarado judicialmente que un acto es conforme al derecho interno declarando expresamente su constitucionalidad, es indiferente para los efectos convencionales” (p. 159).

⁴²⁸ GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, op. cit., pp. 215, 236 y 237.

⁴²⁹ Ídem, pp. 234 y 235.

En palabras de la Corte IDH, “es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.⁴³⁰

Al respecto, Allan Brewer-Carias considera que el artículo 25.1 de la CADH que establece el derecho a un recurso judicial efectivo, es el marco conforme al cual tanto la Corte IDH como los jueces y tribunales nacionales deben ejercer el control de convencionalidad en relación con actos y decisiones de los Estados.⁴³¹ En el mismo sentido Carlos Ayala Corao señala que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, de las cuales deriva el control de convencionalidad, se refuerzan con la obligación de proteger los derechos a través de un recurso judicial efectivo.⁴³²

En conjunto el control judicial interno de constitucional debe garantizar el cumplimiento de los deberes generales y especiales del conjunto de las autoridades del Estado, como parte de éstas, y como un remedio nacional efectivo. En el ejercicio de este control los jueces deben garantizar el respeto de los derechos humanos analizando las limitaciones establecidas por actos o normas internas, valorando su idoneidad, necesidad y proporcionalidad frente al conjunto de derechos, deben sancionar de manera adecuada y atendiendo a los parámetros del debido proceso a los responsables a fin de evitar la impunidad. Asimismo, deben evaluar las condiciones de accesibilidad (no discriminación, acceso físico, económico y transparente), disponibilidad, aceptabilidad y eficacia de las medidas nacionales para hacer efectivo el respeto de los derechos humanos, considerando también los principios de progresividad, interdependencia, indivisibilidad universalidad y

⁴³⁰ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

⁴³¹ BREWER-Carias, Allan, “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial...”, *op. cit.*, pp. 41-128.

⁴³² AYALA, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 105.

no regresividad tanto en el análisis de los hechos del caso como al momento de determinar las formas de reparación.⁴³³

Lo anterior nos lleva al análisis de las normas específicas que inciden en la labor judicial, desde aquellas que constituyen garantías institucionales, como la independencia, imparcialidad y competencia, hasta las que rigen el debido proceso legal. El incumplimiento de estos derechos-deberes por las autoridades estatales puede derivar en última instancia en la responsabilidad internacional del Estado.

C) Deberes sustantivos (normas primarias) sobre el debido proceso y el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo

Las obligaciones judiciales primarias se manifiestan en el derecho a la tutela judicial efectiva y se concretan también en otros deberes, en particular, en el deber de proveer recursos internos sencillos, rápidos y efectivos, y el derecho a un debido proceso con las debidas garantías o a un juicio justo (en conjunto, el amplio derecho de acceso a la justicia). Este último a su vez implica el respeto a una serie de derechos y garantías judiciales.⁴³⁴

En este sentido, en el marco del DIDH y en especial en el sistema interamericano, los jueces tienen el deber de garantizar la efectividad no sólo de los derechos humanos en general sino y especialmente, aquellos relacionados directamente con el ejercicio de la función judicial. Conforme a las normas que rigen el debido proceso, se reconoce que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la

⁴³³ Cfr. SERRANO, Sandra, "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos" en AA. VV., *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, op. cit., pp. 89-132.

⁴³⁴ Cfr. JAYAWICKRAMA, Nihal, *The judicial application of human rights law. National, regional and international jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002, pp. 478 y ss; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "La Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos" en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, España, 2002, pp. 521-532; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*, AI, España, 1998; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, El Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, AKAI, España, 1991; REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, España, 2003, pp. 326 y ss.

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1, CADH).

La Corte IDH ha construido una vasta doctrina jurisprudencial sobre el derecho el debido proceso y el derecho a un recurso efectivo previstos en los artículos 8 y 25 de la CADH, respectivamente, así como respecto de su vinculación con los deberes generales de respeto y garantía y de adecuación del orden interno al internacional (arts. 1 y 2), considerando los deberes específicos establecidos en la Convención en el sentido de que los Estados deben desarrollar las posibilidades reales del recurso judicial y garantizar el cumplimiento de las decisiones en que se haya estimado procedente el recurso, aunado a la extensión de la noción del debido proceso considerando otros derechos como el derecho a la vida (respeto del derecho a recurrir un fallo del condenado a muerte o de los términos permitidos para la imposición de esta pena), el derecho a la integridad personal (respeto de procedimientos penales por cuanto hace a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles y degradantes), el derecho a la libertad personal (respeto al tratamiento en prisión preventiva, las detenciones arbitrarias, control judicial de detenciones y plazo razonable); la no suspensión de garantías como el *habeas corpus* o el recurso de amparo, entre otros.⁴³⁵

i) Garantías judiciales mínimas para el debido proceso

El derecho a un debido proceso con las garantías judiciales básicas abarca una serie de otros derechos propios del procedimiento judicial y constituye en conjunto un mecanismo complejo de protección de otros derechos que pueden verse vulnerados en el transcurso de un proceso. Como señala Amnistía Internacional: "El derecho a un juicio justo es la salvaguardia fundamental para garantizar que no se castiga injustamente a nadie. Es además, indispensable para la protección de otros derechos humanos, [...] como el derecho

⁴³⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, pp. 45-51; MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Universidad de Chile-CDH, 2003, pp. 357-383 y SILVA GARCÍA, Fernando, *La jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 501-539.

a no ser sometido a torturas y el derecho a la vida y, especialmente en casos de naturaleza política, el derecho a la libertad de expresión."⁴³⁶

En palabras de O'Donnell, el derecho a un debido proceso "es de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso efectivo, tutela todos los demás derechos de la persona."⁴³⁷ En el mismo sentido, Nihal Jayamickrama expresa: "*The importance of this right in the protection of human rights is underscored by the fact that the implementation of all the other rights depends upon the proper administration of justice.*"⁴³⁸

La importancia de este derecho se proyecta a las razones mismas del Estado de derecho. En palabras del profesor Pastor Ridruejo, el derecho a un juicio justo o equitativo, constituye "una manifestación de capital importancia de la idea de Estado de derecho o imperio de la ley (*rule of law*)" del cual el respeto a los derechos humanos es una condición *sine qua non* y por lo que sin juicio equitativo, "sin tutela judicial efectiva, mal puede hablarse del respeto de los derechos humanos y de un verdadero sistema democrático."⁴³⁹

El derecho al debido proceso es más amplio que el derecho a un recurso efectivo. Sin embargo, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso, en muchas ocasiones, "pueden considerarse dos caras de la misma moneda, en el sentido de que el primero consagra la obligación del legislador de establecer recursos, mientras que el segundo rige las características de los fueros competentes y los principios procesales que deben respetarse."⁴⁴⁰ Esta relación de complementariedad se manifiesta constantemente en la jurisprudencia internacional y se reconoce una dimensión amplia del debido proceso que supone la estrecha interrelación entre el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un debido proceso. No obstante ambos conceptos son distintos y conviene distinguir sus principales características.⁴⁴¹

⁴³⁶ Amnistía Internacional, *Manual de Juicios Justos*, Madrid, EDAI, 2000, p. 13.

⁴³⁷ O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 349.

⁴³⁸ JAYAMICKRAMA, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law...*, op. cit., p. 480.

⁴³⁹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos", op. cit., p. 521.

⁴⁴⁰ O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 352.

⁴⁴¹ Respeto a la relación entre el derecho a un debido proceso y el derecho a un recurso en el contexto de la CADH (arts. 8 y 25, respectivamente), la Jueza Cecilia Medina Quiroga en su Voto Parcialmente Disidente a la Sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú* consideró necesario hacer una distinción entre el derecho amplio de acceso a la justicia establecido en el artículo 8 y el derecho

El derecho a un juicio justo con las debidas garantías se encuentra reconocido entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (XXVI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7).

En opinión de la Corte IDH, el artículo 8 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia y se refiere “al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.” De esta forma, “el debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se

sólo a un recurso rápido, sencillo y efectivo garantizado por el artículo 25. En su opinión "ambos derechos son de distinta naturaleza y su relación es una de substancia a forma [...] por cuanto el artículo 25 consagra el derecho a un recurso judicial mientras que el artículo 8 establece la manera como éste se tramita." En consecuencia, estima "de la mayor importancia preservar la distinción entre ambos artículos" pues si se analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 –por ejemplo, el plazo razonable- "se desvirtúa el sentido del primero, que requiere no un plazo razonable que puede fácilmente superar un año en términos del artículo 8, sino rapidez, es decir, probablemente su resolución en términos de días." Por su parte, el juez Cançado Trindade, en su voto razonado a la sentencia dictada por la Corte IDH, en el *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay* (S. 2-09-2004), consideró que "las garantías judiciales como las consagradas en el artículo 7(6) – el *habeas corpus* - y el artículo 25(1) - el *recurso de amparo*, o el *mandado de segurança*, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes - de la Convención Americana son indispensables y deben ser considerados según los *principios* del artículo 8 de la Convención." Asimismo, el juez Cançado estimó que "la amplia dimensión del debido proceso legal", que relaciona el artículo 8(1) y (2) a los artículos 25(1) y 7(6) de la CADH, resulta en gran parte del rol fundamental y de la mayor relevancia de los principios generales del derecho. En su voto el juez Cançado señaló que “el debido proceso requiere el acceso a la justicia (*stricto sensu*), así como la realización de la justicia (acceso a la justicia *lato sensu*) requiere el debido proceso. El derecho a la prestación jurisdiccional - el *derecho al Derecho*- sólo se materializa mediante la observancia del debido proceso legal, de los principios básicos que lo conforman. Es la fiel observancia de estos principios que conlleva a la realización de la justicia, o sea, a la plenitud del derecho de toda persona de acceso a la justicia. De ahí la ineluctable e íntima interrelación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, maximizando la protección de los derechos inherentes a la persona humana.”

acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa”.⁴⁴²

Así, en su jurisprudencia constante, la Corte IDH ha reiterado que “si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto”, sino también en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.⁴⁴³

En este sentido, los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, consagrados en el artículo 8.1 de la CADH implican, entre otras cosas, “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos.”⁴⁴⁴

A fin de respetar este derecho “los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos.” Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria a dicho precepto.⁴⁴⁵

Finalmente, cabe destacar que el derecho al debido proceso está estrechamente vinculado con otros derechos, en particular tratándose de la justicia penal, y configura un amplio abanico de garantías judiciales. Así, por el ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el concepto de juicio “con las debidas garantías”, en el contexto del artículo 14.1 del Pacto Internacional, “exige cierto número de condiciones, tales como

⁴⁴² *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 109.

⁴⁴³ Entre otros, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 349.

⁴⁴⁴ Entre otros, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 140.

⁴⁴⁵ Corte IDH, *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50.

el requisito de la igualdad de armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles".⁴⁴⁶

En consecuencia podemos decir que, el derecho a un debido proceso en general, incluye otros derechos particulares, tales como: el acceso al a justicia, el derecho a contar con un tribunal independiente e imparcial; el derecho a que el litigio se resuelva en un plazo razonable; el derecho a la publicidad del proceso; el derecho a que el proceso sea justo, abierto y equitativo; el derecho a contar con igualdad de armas; y el derecho a contar con sentencia fundada y motivada. Además, en materia penal el debido proceso abarca entre otros derechos, derecho de audiencia, el respecto al principio de presunción de inocencia, el derecho de acceso a un abogado y, en caso necesario, a un traductor; el respeto al principio *ne bis in idem*; la no retroactividad de la ley penal; etc. Por ello, la Corte IDH ha considerado que el derecho a un debido proceso debe entenderse en un sentido amplio y progresivo.⁴⁴⁷ En definitiva, todos estos derechos son concreciones particulares de un derecho más amplio: el derecho a un juicio justo (o equitativo).⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Comité DH, *Caso Morael c. Francia* (1989), párr. 9.3. Cit. en O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 361.

⁴⁴⁷ Como lo ha destacado la Corte IDH, el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales (entre otros, los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado), lo cual implica un desarrollo progresivo del concepto "garantías judiciales", al que pueden y deben agregarse, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional. Cfr. Corte IDH, entre otros, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 117; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 115; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 121. Sobre las normas del debido proceso en el sistema interamericano véase: ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Argentina, EDIAR, 2000; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales u en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, t. II, San José Costa Rica, IIDH-Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos-PRODECA, 2005, pp. 9-90; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012; KOKOTT, Julianne, "Fair-Trial-the Inter-American System for the Protection of Human Rights" en WEISSBRODT, David y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *The Rights to a Fair Trial*, Germany, Springer, 1998, pp. 133-162.

⁴⁴⁸ Cfr. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "El Derecho a los Tribunales en los Litigios de Carácter Civil en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 329-351; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, AKAI, 1991, p. 92.

ii) Elementos mínimos del derecho a un recurso efectivo

El derecho a un recurso efectivo se corresponde con el deber general de garantizar los derechos humanos y está relacionado con otros deberes como el de adoptar disposiciones de derecho interno, así como con la debida aplicación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

El artículo 25 de la CADH reconoce el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.⁴⁴⁹

Como lo ha reiterado la propia Corte IDH, el artículo 25.1 de la Convención “es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales”.⁴⁵⁰ La disposición convencional establece, en términos amplios, “la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales”, debiéndose aplicar “no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”, siendo aplicable, *a fortiori*, a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

Además, de acuerdo con el párrafo segundo del precepto, los Estados se comprometen a garantizar que la autoridad competente decidirá sobre los derechos de quien

⁴⁴⁹ Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales./ 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. *Cfr. Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

⁴⁵⁰ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8) Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 23.

interponga el recurso; desarrollar las posibilidades de mismo y garantizar el cumplimiento de las determinaciones correspondientes.

Lo anterior supone que la violación al derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se vulnera con la imposibilidad de acceder a un recurso efectivo sino también cuando existen condiciones de hecho o de derecho que hacen imposible la protección judicial.⁴⁵¹ Con base en ello, la CIDH reconoce al menos cinco modalidades de violación del derecho a un recurso, a saber: "los vacíos o disposiciones legislativos que privan de competencia a los tribunales para examinar recursos para determinado tipo de violación; la obstaculización de la acción de la justicia por la vía de los hechos; el rechazo de recursos por razones procesales; la denegación de un recurso por razones arbitrarias, discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales de la persona y el incumplimiento de una decisión de la autoridad competente." ⁴⁵²

Además, el precepto "incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos."⁴⁵³ En este sentido, la Corte IDH también ha señalado en reiteradas oportunidades, que la garantía de

⁴⁵¹ Por ejemplo, en el *Caso Carranza c. Argentina* ante la CIDH, la violación al artículo 25 se produjo no por impedir el acceso a los tribunales sino por haberse alegado cuestiones "no justiciables" para desestimar el recurso promovido por un juez que había sido removido de sus funciones. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que " el derecho a la tutela judicial efectiva [...] no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el artículo 25. [...] Recurso efectivo significa recurso apto para amparar o tutelar los derechos violados. [...] Si no hay jurisdicción judicial y no corresponde decidir, entonces no hay amparo o tutela posible." (CIDH, *Caso Carranza c. Argentina* (1997), párrs. 71-75). De la misma forma no es posible hablar de tutela judicial efectiva si no existen las normas procesales necesarias para garantizar el acceso a la justicia o el obligatorio cumplimiento de las decisiones judiciales. Por ello la CIDH consideró que el principio de la tutela judicial efectiva "puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto" (CIDH, *Caso Palacios c. Argentina* (1999), párr. 57), y que el criterio de efectividad del recurso judicial no se agota con la sentencia de fondo sino con el cumplimiento de la decisión, en virtud de que el Estado "debe, por todos los medios posibles, no sólo brindar a los ciudadanos la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara ineffectividad del derecho a la tutela jurisdiccional." (CIDH, *Caso Cabrejo Bernuy* (2000), pár. 30.). Cit. en O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 482-485.

⁴⁵² *Ídem*, pp.481-482.

⁴⁵³ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 76.

un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁴⁵⁴ y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que la mera existencia formal de tribunales, procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, el Estado “tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”, de ahí que “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, esto es que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y efectiva su aplicación por la autoridad competente. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.⁴⁵⁵

Por tanto la obligación de garantía implica no sólo adoptar medidas legislativas sino también prácticas judiciales que hagan efectivos tales recursos. Así como también imponer remedios judiciales a las omisiones u obstáculos legislativos.⁴⁵⁶

Además, el Tribunal ha considerado que los recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8), dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

La Corte IDH también ha destacado el vínculo entre el Estado constitucional y un régimen de garantías procesales efectivo. Al respecto, en reiteradas ocasiones dicho tribunal se ha referido "al Estado de derecho, a la democracia representativa y al régimen

⁴⁵⁴ Cfr., entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 75; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 131; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 117.

⁴⁵⁵ Entre otros, *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 112.

⁴⁵⁶ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Judicial Protection and Guarantees in the Recent Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights" en *Liber Amicorum 'In Memoriam' Of Judge José María Ruda*, Armas, Calixto, y otros (eds.) Kluwer Law International, Netherlands, 2000, pp. 527- 535.

de libertad personal y ha puntualizado cómo son consustanciales con el Sistema Interamericano y en particular con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención". En consecuencia, en una sociedad democrática "los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros". Así entendidas las garantías que son inherentes al ser humano y se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (a que alude el artículo 29.c) de la Convención Americana) no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, "sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas [incluso] en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de derecho.⁴⁵⁷ Lo anterior es así, en virtud de que "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre)."⁴⁵⁸

Por ello, si "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos [...] la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión." En consecuencia, el artículo 25.1 de la Convención "establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales."⁴⁵⁹

La efectividad del recurso implica que reúna las características de sencillez y brevedad, no siendo efectivos "aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios".⁴⁶⁰ De este

457 Entre otros, Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 35 y 36; *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 20-40.

458 Entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 54.

459 Entre otros, *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 130.

460 De acuerdo con la Corte IDH resultan ilusorios los recursos cuando, entre otros supuestos, "su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial". *Cfr.*,

modo, el Tribunal ha declarado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado: La primera, diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, “que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”. La segunda, “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que “una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea del mismo. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales depende de su ejecución. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”.⁴⁶¹

Desarrollos recientes sobre antiguos debates jurisprudenciales, ponen nuevamente en la mesa de discusión el carácter autónomo del derecho a un recurso efectivo frente a otros recursos legales, a fin de identificar su contenido propio –su contenido esencial– como un recurso judicial, efectivo, sencillo y rápido contra actos violatorios de derechos humanos. Ello, toda vez que el recurso de amparo no es el único recurso que debe establecerse de acuerdo con la CADH⁴⁶² e incluso tratándose de los “recursos de

entre otros, *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 136.

⁴⁶¹ Corte IDH, entre otros, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párrs. 404 y 405; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 228; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 142.

⁴⁶² Ello, en el entendido de que, como lo ha estimado la Corte IDH, no es en sí mismo incompatible con la Convención Americana que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando

jurisdicción interna” que deben agotarse de manera previa antes de acudir a los órganos del sistema interamericano, aunque compartan la exigencia de eficacia e idoneidad, algunos pueden requerir más tiempo y mayor complejidad, o ser de una naturaleza, aunque complementaria, distinta, como el recurso de apelación en materia penal.⁴⁶³ Por estas y otras razones (teóricas y prácticas), el debate sobre el contenido material propio y el carácter autónomo, en el plano ontológico, del derecho a un recurso efectivo, y su interrelación con otros derechos en el plano hermenéutico, han sido materia de amplios debates por la doctrina internacional y jurisprudencial.⁴⁶⁴

Recientemente, el juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor puso nuevamente sobre la mesa del foro interamericano el carácter autónomo del derecho a un recurso efectivo, a partir de destacar lo que denomina “una nueva dimensión sobre el derecho a la protección judicial” como “elemento integrador de los derechos fundamentales de fuente nacional y convencional”, teniendo un “efecto importante en el modelo de control de constitucionalidad y convencional que adopten los Estados nacionales y en su eficacia”. Lo

provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. *Cfr. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 92.

463 Por ejemplo, no parecen equiparables, dada la rapidez que se exige en el recurso de amparo o sus similares, los mismos criterios respecto a la determinación del plazo razonable que aquellos que se emplean para otros procesos o recursos que puedan preverse en la jurisdicción interna, han de adaptarse a las finalidades de cada uno de ellos. *Cfr. MEDINA, Cecilia, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho/Universidad de Chile, 2003, p. 359. Como en su momento lo destacó el juez García Ramírez: “En la Convención Americana hay por lo menos tres menciones imperiosas y explícitas a este respecto, con supuestos y expresiones propios: primero, toda persona detenida o retenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (artículo 7.5, que se refiere al supuesto de detención y/o prisión preventiva, bajo el rubro genérico “Derecho a la libertad personal”); segundo, toda persona “tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*”, por el tribunal correspondiente “en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” o para la determinación de sus derechos y obligaciones en otros órdenes (artículo 8.1, que alude al proceso total, hasta que se emite sentencia de fondo, bajo el epígrafe “Garantías judiciales”); y tercero, “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y *rápido*” que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1, relativo a “Protección judicial”) [...] Las tres disposiciones de la Convención obedecen a un mismo proyecto defensor de los derechos del individuo: oportunidad de la tutela, que corre el riesgo de ser inútil, ineficaz, ilusoria, si no llega a tiempo, [...] Esas estipulaciones acogen la preocupación que preside el aforismo “justicia retardada es justicia denegada”. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte IDH sobre el *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, del 1 de Febrero de 2006, párrs. 27 y 28.

464 Véanse al respecto los votos, razonado del juez A.A. Cançado Trindade y disidente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga, en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia del 1 de febrero de 2006.

anterior vinculado con las implicaciones de la regla del previo agotamiento de los recursos internos como un derecho de las presuntas víctimas a los recursos judiciales efectivos en sede interna, antes de acudir a la tutela internacional.⁴⁶⁵

Para ello es preciso ir aclarando la “zona gris” que se advierte en la interrelación de los derechos a fin de desarrollar todas sus implicaciones, en especial, en lo concerniente a que ese recurso debe amparar a las personas contra actos que violen sus derechos y operar como un “derecho sustantivo a la garantía de los derechos fundamentales” del cual depende la eficacia de éstos sea su fuente constitucional o convencional, lo que conlleva al deber de ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad y a la aplicación de la norma que pudiere resultar más favorecedora de la persona.

En síntesis: la dimensión integradora a nivel normativo e interpretativo de los derechos fundamentales del derecho a la protección judicial “implica la existencia de un modelo de ejercicio del ‘control de convencionalidad’ que permita darle una protección más amplia en sede interna a todos los demás derechos protegidos por el Pacto de San José” y “coadyuva a la consolidación de un Sistema Interamericano Integrado, que permite un diálogo intenso entre todos los operadores jurídicos, especialmente con los jueces de todas las jerarquías y materias, lo que va produciendo indisolublemente la base para la consolidación de los medios legales que permitan garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y la creación de un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos en nuestra región.”⁴⁶⁶

Como veremos, además, la tutela judicial efectiva es la base de operatividad del principio de subsidiariedad y complementariedad del DIDH y en consecuencia el presupuesto de aplicación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos que le

⁴⁶⁵ Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, de 30 de enero de 2014.

⁴⁶⁶ Voto Concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, cit., párrs. 127-132. Véase, en general, BOGDANDY, Armin von, Mariela MORALES y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa/IMDPC/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013, y BOGDANDY y otros (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale Commune en América Latina?*, op. cit.

brinda al Estado la posibilidad de resolver internamente las violaciones a los derechos humanos.⁴⁶⁷

En el ámbito europeo, el TEDH ha definido los alcances del derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 13 del Convenio Europeo, en el sentido de reconocer su doble naturaleza, como derecho y como garantía, esto es, como derecho autónomo pero dependiente de violaciones justificadas a otros derechos, exigiendo para su efectividad no sólo su mera existencia formal, sino también su accesibilidad y disponibilidad, así como el deber de garantizar su eficacia, tanto de los recursos como de las sentencias del propio Tribunal Europeo, y la reparación integral de las violaciones; sin hacer depender su efectividad de un resultado favorable, de su carácter judicial –siempre que sea una instancia nacional competente y su decisión vinculante– o de la posibilidad de establecer recursos contra leyes nacionales, siempre que el recurso (o el conjunto de ellos) no sea dificultado o limitado de manera injustificada por actos u omisiones de las autoridades estatales y sea resuelto dentro de los plazos legalmente previstos, siendo razonables.⁴⁶⁸

En el ámbito africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos –y en menor medida la más reciente Corte Africana– también se han pronunciado sobre el derecho a un recurso efectivo, tanto desde una perspectiva procesal como sustantiva.⁴⁶⁹ Al

⁴⁶⁷ La importancia de este derecho se manifestó desde los debates que llevaron a su adopción, como derecho a un recurso efectivo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos. *Cfr.* DEL TORO HUERTA, Mauricio, “Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH: Texto, contexto y proyección internacional”, *El juicio de amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El patrimonio documental de la SCJN: Una popstulación a la UNESCO*, México, SCJN, 2015, pp. 241-290.

⁴⁶⁸ *Cfr.* CARMONA Cuenca, “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)”, *op. cit.*, pp. 708-732 y ARRESE IRIONDO, Ma. Nieves, “Derecho a un recurso efectivo” en Iñaki LASAGABASTER, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 501-525. El Caso Kudla vs. Polonia, en el cual el TEDH consideró vulnerado el artículo 13 del Convenio, en razón de la ausencia, en Derecho interno, de un recurso que hubiese permitido al solicitante obtener la satisfacción de su derecho a que su causa fuese “oída en un plazo razonable”, ha sido destacado por la doctrina como un ejemplo positivo de normalización y autonomía del derecho a un recurso efectivo en relación con criterios anteriores sostenidos por el TEDH respecto a su carácter accesorio y secundario. Además refuerza el carácter subsidiario del sistema establecido en el Convenio al enfatizar las obligaciones positivas de los Estados para garantizar los derechos internacionalmente reconocidos. Véase también: SUDRE, Frédéric, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GOUTTENoire, Adeline, LEVINET, Michel, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2a ed., Thémis, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 317 y ss; PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos”, *op. cit.*, p. 528.

⁴⁶⁹ *Cfr.* MUSILA, Godfrey, “The rights to an effective remedy under the African Charter on Human Rights and Peoples’ Rights”, *African Human Rights Law Journal*, 6 (2006), pp. 442-464.

respecto, la Comisión ha destacado que los recursos internos deben estar previstos en el ordenamiento interno y ser efectivos, para ello no deben estar subordinados al poder discrecional de las autoridades públicas, y debe resultar posible a las víctimas acudir a los tribunales y no representar un riesgo fundado; si los derechos no están siquiera reconocidos no puede haber recurso efectivo ni siquiera recurso alguno, así como tampoco pueden ser efectivos si existen situaciones de extrema vulnerabilidad o privación de derechos, por ejemplo, ante el temor generalizado de perder la vida o de familiares; el miedo a una deportación masiva o ante la negativa a reconocer representación legal a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En este sentido, un recurso se considera disponible si el peticionario puede acceder a él sin impedimento; será efectivo si ofrece una perspectiva real de éxito, y suficiente, si es capaz de reparar la violación alegada. La Comisión ha puntualizado que el derecho de acceso a la justicia a que se refiere el artículo 7 de la Carta Africana incorpora el derecho a un recurso efectivo e implica el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales, ello supone analizar el contexto general de actuación de los tribunales nacionales a fin de conocer el alcance material y temporal de sus decisiones frente al control que puedan ejercer otras autoridades estatales, si la probabilidad de que el demandante tenga éxito en la obtención de un remedio que repare la violación denunciada es mínima, el recurso resulta inaccesible y por lo tanto ineficaz.⁴⁷⁰

En el mismo sentido, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos – siguiendo a sus homologas americana y europea– ha enfatizado que los recursos internos deben ser adecuados, suficientes y efectivos, considerando además que, en principio, los recursos que deben agotarse en el ámbito interno son recursos judiciales, dado que son los que cumplen con los criterios de disponibilidad, eficacia y suficiencia desarrollados por la jurisprudencia internacional, considerando que los recursos judiciales son los remedios más efectivos para reparar las violaciones de los derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, los procedimientos parlamentarios no son recursos efectivos y accesibles a todas las personas, dado que son discrecionales y dependen de la voluntad de una mayoría, por lo

⁴⁷⁰ Cfr. ACHPR, Res.4(XI)92: Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial (1992); *Lawyers for Human Rights v Swaziland* (2005) AHRLR 66 (ACHPR 2005); *Doebbler v. Sudan* (2009) AHRLR 208, Communication No. 235/2000; *Antoine Bissangou v. Republic of Congo*, Communication No. 253/2002 (2006) y *Amnesty International & al./Sudan*, Communications 48/90, 50/91 and 89/93 (2000) y *Sir Dawda K. Jawara v. The Gambia*, Communications 147/95 y 149/96. Consultables en: <http://www.chr.up.ac.za>.

que no importa cuán democrático sea el proceso parlamentario no podrá ser equiparado a un proceso judicial independiente para la garantía de los derechos humanos.⁴⁷¹

D) La naturaleza de los tribunales y los elementos mínimos del debido proceso

a) La pluridimensionalidad de la judicatura nacional: El juez como sujeto activo, pasivo y contenido material del derecho de acceso a la justicia

Dentro del estudio de la función jurisdiccional como garante de los derechos fundamentales, se puede considerar que en la figura del juez (o jueza) concurren diferentes aspectos relacionados con su posición frente a tales derechos que permiten situarlo simultáneamente como sujeto activo, como sujeto pasivo y, respecto de su función, como contenido material del derecho de acceso a la justicia.⁴⁷²

Así, el juez (o jueza) es sujeto titular o sujeto activo de derechos fundamentales en tanto ciudadano. En este sentido, el Principio 8 de los *Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura* establece que: “En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos a igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura”.

Adicionalmente, los miembros de la judicatura, cuentan, en tanto funcionarios, con derechos específicos (derechos relacionados con desempeño, nombramiento, remuneración, permanencia en el cargo, remoción, capacitación, etc.) que derivan de su naturaleza imparcial e independiente. Derechos que pueden exigirse cuando se ve afectada su independencia e incluso acudir en su defensa ante los órganos de protección

⁴⁷¹ *Application No 011/2011 – Rev. Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Judgment, 14 June 2013, pars. 82.1 y 82.3. Consultables en <http://www.african-court.org>

⁴⁷² Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales, *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2002, pp. 29-53.

internacional.⁴⁷³ En virtud de lo anterior, el Estado (legislador y ejecutivo) ha de respetar en su figura los derechos intrínsecos a la independencia judicial. Tales derechos derivan de la aplicación del principio de separación de poderes e independencia judicial, propios del constitucionalismo moderno. Por ejemplo, la Corte IDH ha señalado que los jueces que forman parte de la carrera judicial cuentan con la estabilidad que brinda el ser funcionario de carrera, “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido”; de esta forma, juezas y jueces “cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad”.⁴⁷⁴

Asimismo, el juez (o jueza) es sujeto pasivo de los derechos fundamentales en tanto órgano encargado de garantizar tales derechos y obligado a respetarlos, por tanto, tiene el deber de respetar los principios de un juicio justo con las debidas garantías. Desde esta perspectiva el juez (pero no sólo él sino cualquier órgano con funciones jurisdiccionales dentro del Estado pertenezca o no al Poder Judicial) está obligado a respetar los derechos humanos relacionados con la debida administración de justicia, así como de interpretar la normativa internacional de conformidad con las normas internacionales respectivas.

Finalmente, “el derecho al juez”, en su dimensión institucional, representa el contenido material del derecho de acceso a la justicia, en cuanto que la garantía judicial de los derechos es expresión de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la protección judicial. Como lo destaca la *Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados* los requisitos de independencia e imparcialidad no existen para beneficio de los propios jueces, sino como garantías institucionales para garantizar el derecho a un juez competente, independiente e imparcial a quienes acuden ante la justicia.⁴⁷⁵ Desde esta

⁴⁷³ Cfr., en general, CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc 44, 5 de diciembre de 2013 (disponible en: www.cidh.org); AA.VV., *Los derechos fundamentales de los jueces*, dirigido por SAIZ ARNAIZ, Alejandro, España, Marcial Pons, 2012.

⁴⁷⁴ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrs. 64 y 81.

⁴⁷⁵ *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Sra. Gabriela Knaul, A/67/305, 13 de agosto de 2013, pár. 44.

perspectiva institucional, se estima la propia existencia de jueces independientes y el respeto al Poder Judicial como elementos mínimos de garantía institucional de los derechos humanos y como pilares imprescindibles en todo Estado de Derecho.

Lo anterior permite distinguir tres aspectos importantes: El primero, que si bien el Estado es una unidad existen principios fundamentales que garantizan el funcionamiento democrático de sus instituciones; entre ellos, el principio de separación de poderes en virtud del cual se establecen obligaciones recíprocas entre los Poderes públicos para efecto de que no existan interferencias indebidas entre sí que redunden en la ineficacia del sistema en su conjunto, o en la merma de la garantía y respeto de los derechos humanos. El segundo aspecto a considerar supone que el juez, en tanto agente del Estado, debe regir su conducta de conformidad con las obligaciones internacionales vigentes tanto de índole convencional como consuetudinaria. Finalmente, el tercer aspecto destaca que la ineficacia de los recursos judiciales tiene consecuencias claras en el derecho internacional no sólo respecto de la responsabilidad del Estado sino también respecto de la aplicación de principios procesales de operación del sistema internacional (p.e. la regla de previo agotamiento de los recursos internos). Así, el ejercicio la independencia judicial se vincula con el deber de garantía de los derechos y con la responsabilidad judicial del Estado.

Desde esta compleja perspectiva del poder judicial como garante de los derechos humanos podemos decir, siguiendo al anterior *Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados* de Naciones Unidas, Leandro Despouy, que en toda sociedad democrática el juez actúa como guardián de los derechos y libertades fundamentales y garantiza su protección judicial, el ejercicio del derecho de recurso, la lucha contra la impunidad y el derecho a la reparación, en particular, mediante: a) Los distintos procedimientos judiciales individuales o colectivos; b) El procedimiento judicial penal; c) El enjuiciamiento, la sentencia y el castigo de los responsables de violaciones de los derechos humanos; d) La comprobación de la conformidad de las normas nacionales y de los actos del Poder ejecutivo con la normativa internacional de derechos humanos, generalmente mediante procedimientos de revisión o verificación de la constitucionalidad y de la legalidad (directas o indirecta) por acción u omisión, de dichas normas y actos, y e) La elaboración de una jurisprudencia en la que se integren las normas internacionales de administración de justicia y derechos humanos y en la que quede explícito el alcance y el

contenido de los derechos y libertades fundamentales, así como los deberes de las autoridades.⁴⁷⁶

Esta visión amplia de la jurisdicción como garante de los derechos humanos permite también considerar sus posibles limitaciones. Así, existen una serie de circunstancias que condicionan la efectividad del poder judicial y limitan su independencia, imparcialidad y eficacia, tales limitaciones pueden responder, entre otras cosas, a una falla normativa, institucional, a un ejercicio práctico deficiente o a la falta de cultura jurídica internacional de los agentes judiciales.

Como señaló el otrora Relator Especial en su informe sobre *"Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad"*, entre los problemas estructurales e institucionales que pueden poner trabas al buen funcionamiento y a la independencia del poder judicial (especialmente en los Estados pobres y en desarrollo así como en aquellos que acaban de atravesar un período de conflicto armado o de transición democrática e institucional) se encuentran la escasez general de recursos financieros, la inadecuación de la legislación relativa al poder judicial, la falta de un código penal y de un código de procedimiento penal actualizados, así como de personal con la debida formación en materia de administración de justicia, o con la formación necesaria para administrarla conforme a los principios internacionales de derechos humanos, e incluso la falta de instalaciones adecuadas. Entre los principales problemas normativos e institucionales en los Estados destacan las limitaciones impuestas a la actividad judicial por la aplicación de leyes de excepción o leyes promulgadas por razones de seguridad nacional que limitan –hasta la impunidad en ocasiones– la labor judicial; propician la demora injustificada en la administración de justicia; la comparecencia de los civiles ante tribunales militares, la falta de libertades de expresión o asociación de los jueces; la falta de mecanismos efectivos de nombramiento, remuneración y responsabilidad de los jueces; las amenazas y presiones a jueces y abogados; etc.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Cfr. Naciones Unidas, "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad." Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy en el 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/2004/60, de 31 de diciembre de 2003, párr. 30.

⁴⁷⁷ Como bien recuerda el anterior Relator Despouy, en su informe: "La impunidad supone una violación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Puede derivar de la injerencia política en la

Entre las fallas derivadas de la práctica judicial destacan: la corrupción del poder judicial, la escasa formación y capacitación de jueces, las prácticas discriminatorias en el aparato judicial, las deficiencias en la administración de justicia en casos de grupos vulnerables como niños, mujeres o indígenas, o el mantenimiento reiterado de criterios contrarios a las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Todo ello limita el alcance de la protección judicial de los derechos humanos. Todo ello también hace necesario estudiar con mayor detenimiento la naturaleza y las características que han de tener los jueces y tribunales de justicia para ostentar con efectividad ese alto cargo y cumplir tan delicada misión.

b) La naturaleza de las y los jueces y tribunales nacionales en el marco del DIDH y el derecho a un juez competente (juez natural) establecido en la legislación

Ahora bien, antes de considerar el tema de la independencia e imparcialidad del poder judicial en su aspecto sustantivo, debe precisarse el alcance del términos "corte" o "tribunal" para efecto de atribuirle a tal sujeto pasivo las obligaciones derivadas del DIDH y cuál es el alcance de estas respecto de otros órganos cuya función principal no es la jurisdiccional. Asimismo, es pertinente apuntar los elementos básicos de la noción de "juez natural" como juez competente previsto en la legislación.

i) El término "tribunal"

El DIDH adopta un criterio funcional para efecto de determinar la naturaleza de los juzgadores. En principio, toda corte o tribunal, cualesquiera que sean sus características particulares, entra dentro del parámetro de clasificación internacional. Además, diversas

acción del poder judicial y de las restricciones al ejercicio de la defensa o de otras circunstancias (por ejemplo, la incapacidad estructural de la administración de justicia de cumplir sus funciones o de cumplirlas en un plazo razonable). [Especial preocupación presenta] la promulgación de decretos del poder ejecutivo o leyes del Parlamento que resultan en la sustracción a la justicia de los responsables de violaciones de los derechos humanos o en la amnistía; dichos textos constituyen un obstáculo grave a la administración de justicia o al posible proceso de reconciliación fundado en la justicia. La impunidad –termina el relator– indica indefectiblemente un mal funcionamiento del Estado cuyos efectos no se limitan a la administración de justicia." Idem, párr. 37 y 38.

entidades no denominadas formalmente "cortes" o "tribunales", o ajenos al Poder judicial han de considerarse sujetos obligados por el DIDH en tanto ejercen funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional.⁴⁷⁸

La jurisprudencia interamericana es clara en esta materia. La Corte IDH ha reiterado que si bien el artículo 8 de la CADH se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.”⁴⁷⁹ En consecuencia

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.⁴⁸⁰

En el mismo sentido, la Corte IDH precisó que el artículo 8.1 de la CADH “no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales”. Las garantías que establece esta norma “deben

⁴⁷⁸ Corte IDH, entre otros, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, párrs. 166.

⁴⁷⁹ En este sentido, las garantías establecidas en el artículo 8.2 si bien referidas a la materia penal deben considerarse aplicables a otras materias. Al respecto la Corte IDH ha dejado establecido que “a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas [...] se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” *Cfr.*, entre otros, *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149. Lo anterior, como ha dicho la Corte “revela el amplio alcance del debido proceso” por el cual “el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.” Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y Otros (270 trabajadores vs. Panamá)*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 125.

⁴⁸⁰ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001, parr. 71.

ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”. Asimismo, estas garantías “son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.⁴⁸¹

Por citar sólo algunos ejemplos, sobre esta base la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por la violación al artículo 8 de la Convención Americana (Garantías Judiciales) cometidas tanto por el poder legislativo en ejercicio de funciones jurisdiccionales en el marco de un juicio político (p.e. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*), como por el poder ejecutivo en ejercicio de su facultad administrativo-sancionadora (p.e. *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*), en el marco de procedimientos disciplinarios (p.e. *Caso las Palmeras vs. Colombia*), así como por la actuación de organismos electorales con funciones procesales (*Caso Yatama vs. Nicaragua*).⁴⁸²

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas destacó que la noción “tribunal” se refiere “al órgano, cualquiera que sea su denominación, creado por la

⁴⁸¹ Entre otros, *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párrs. 71 y 72.

⁴⁸² Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 77; *Caso Baena Ricardo y Otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; *Caso Las Palmeras*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001; *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127. En el *Caso Las Palmeras*, relativo a una operación armada realizada por miembros de la policía nacional, la Corte IDH consideró que el proceso seguido implicó que el “juzgador” ejerció la doble función de juez y parte, lo cual no se otorgaron a las víctimas o, en su caso, a sus familiares, las garantías judiciales consagradas en la Convención, siendo que la brevedad con que se tramitó este procedimiento disciplinario (cinco días) impidió el descargo de pruebas y únicamente la parte involucrada (los miembros de la policía) participó en el proceso (párr. 49). Finalmente, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* consideró que “[l]as decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por tanto, en dicho ámbito también deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo” (párrs. 147 y 149).

ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuación de carácter judicial”.⁴⁸³

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al señalar que por "tribunal" no se entiende "necesariamente una jurisdicción de tipo clásica integrada en las estructuras judiciales ordinarias del país."⁴⁸⁴ Por lo que:

[...] los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6.2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [...] de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal.⁴⁸⁵

Lo anterior permite constatar la importancia de las garantías judiciales y el alcance de las obligaciones internacionales que no sólo se dirigen a los miembros del poder judicial estrictamente sino a cualquier otro órgano del Estado que ejerza funciones jurisdiccionales.

No obstante, cuando hablamos de las y los jueces como contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva o protección judicial, ello supone que, dada la importancia de los derechos humanos, su garantía y protección no puede dejarse a cualquier institución estatal sino sólo a aquellas que por su naturaleza mejor cumplen con tan delicada tarea, siendo éstas generalmente los órganos judiciales.

483 Observación General No. 32 sobre el “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 18.

484 Al respecto el TEDH ha estimado, a efecto de interpretar el término “órgano judicial” previsto en el artículo 5.4 del Convenio Europeo, que “para que un órgano sea 'judicial' debe ofrecer las garantías fundamentales procesales que se aplican en materia de privación de libertad.” Se trata siempre en estos diversos artículos, de órganos que presentan no solamente características fundamentales comunes, en primer lugar la independencia respecto del Ejecutivo y a las partes, sino también de garantías de un procedimiento judicial. No obstante, como aclara el TEDH, las modalidades del procedimiento que exige el Convenio no deben ser, sin embargo, necesariamente idénticas en cada uno de las cosas en que se requiere la intervención de un órgano judicial. Para resolver la cuestión de saber si un procedimiento ofrece garantías suficientes, es necesario tener en cuenta la naturaleza específica de las circunstancias en que se desenvuelve. Según la jurisprudencia constante del TEDH, un "tribunal" se caracteriza, en el sentido de fondo del término, por su función judicial: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia. Asimismo, todo "tribunal" ha de reunir también una serie de requisitos, tales como: independencia (especialmente en relación al Poder Ejecutivo); imparcialidad; inamovilidad; garantías de procedimiento, etc. Entre otros, *Caso Ilaşcu y otros v. Moldova and Russia*, Sentencia de 8 de Julio de 2004, párr. 460; *Caso Belilos vs. Suiza*, Sentencia de 29 de abril de 1988, párr. 64 y *Caso H. contra Bélgica*, Sentencia de 30 de noviembre de 1987, serie A, núm. 127, pág. 34, párr. 50; *Caso X contra Reino Unido*, Sentencia de 5 de noviembre de 1981, Serie A no. 46, para. 53 y *Casos De Wilde, Ooms y Veryp* Sentencia de 18 de junio de 1971, párr. 78.

485 *Cfr.*, entre otros, TEDH., *Albert y Le Compte*, Sentencia de 10 de febrero 1983, Series A no. 58, para. 39. *Cit. en Corte IDH, Caso Baena Ricardo y Otros, cit.*, párr.128.

Al respecto, como ha destacado el TEDH, el “derecho a un tribunal” reviste “una importancia demasiado grande en una sociedad democrática”⁴⁸⁶. Por ello es imprescindible determinar los elementos que toda entidad que pretenda tal carácter debe cumplir para ser considerado como tal en el marco del DIDH.⁴⁸⁷

De esta forma, en el ámbito del DIDH la condición de juez o tribunal como garante de los derechos humanos, se determina a partir de la satisfacción efectiva de criterios sustantivos y objetivos específicos determinados por los propios instrumentos internacionales, a saber: independencia, imparcialidad, jurisdicción y competencia legal, y garantías de efectiva ejecución y cumplimiento de sus fallos.⁴⁸⁸

Por eso se ha dicho que la principal garantía de un proceso justo en lo que respecta a las instituciones “es que no sean las autoridades políticas las que tomen las decisiones sino tribunales competentes, independientes e imparciales establecidos por la ley.” En este sentido, el derecho del individuo a ser juzgado por un tribunal de justicia “forma el núcleo central del debido proceso.”⁴⁸⁹

ii) El derecho a un juez competente (juez natural)

⁴⁸⁶ Entre otros, TEDH, *Caso Deweer*, Sentencia de 27 de febrero de 1980, Serie A no. 35, para.49.

⁴⁸⁷ El TEDH ha definido el término “tribunal” como referido a un órgano que ejerce funciones judiciales, establecido por la ley para determinar asuntos de su competencia fundándose en el Estado de Derecho y de acuerdo con procedimientos aplicados de una manera prescrita. *Cfr.* TEDH, *Caso Sramek* 84 Serie A 17, párr. 36, 22 de octubre de 1984. Siguiendo los criterios del TEDH, el *Manual sobre Juicios Justos* de Amnistía Internacional establece: “Las Cortes y los tribunales son los organismos que ejercen la función judicial. Se establecen por ley para determinar las cuestiones que son de su competencia fundándose en el Estado de Derecho y de acuerdo con los procedimientos establecidos. El de “Tribunal” es un concepto más amplio que el de corte, pero los términos no se usan coherentemente en los instrumentos de derechos humanos.” *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*, p. 30.

⁴⁸⁸ Sobre el particular y desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase: REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, España, 2003, pp. 327 y ss.

⁴⁸⁹ Amnistía Internacional, *Juicios Justos, Manual de Amnistía Internacional*, EDAI, Madrid, España, 1998, p. 83

En particular, como recuerda Daniel O'Donnell, el vocablo "juez natural" es empleado como sinónimo de "tribunal competente" y, por tanto, la modificación de la competencia de los tribunales puede dar lugar a una violación a las normas del debido proceso.⁴⁹⁰

En opinión de la Corte IDH, “el artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por ‘un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley’, disposición que se relaciona con el concepto de juez natural”, y constituye “una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”; razón por la cual “el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda mente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o ad hoc”.⁴⁹¹

En este sentido, “el juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte IDH como la ‘norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes’. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores”.⁴⁹²

En este sentido, el derecho a un juez competente (juez natural) se relaciona con los ámbitos espacial, temporal, material, personal y de cuantía, entre otros, dentro de los cuales el tribunal puede ejercer sus facultades jurisdiccionales, siempre que se encuentre establecido con anterioridad a los hechos en la legislación. Lo que implica no sólo que el

490 Además, el autor señala que el requisito de que los tribunales que conocen un caso sean competentes es una de las normas internacionales cuyo contenido se define esencialmente por la referencia al derecho interno. O'DONNELL, D, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 374-375.

491 *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

492 *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 75 y 76.

tribunal debe estar previsto en ley sino que la ley debe respetar determinados principios de atribución de competencia.⁴⁹³

De esta forma no será juez o tribunal competente aquel establecido para un caso en concreto con posterioridad a los hechos, o aquel que asume competencias que no sean las ordinarias de acuerdo a su naturaleza (civil, penal, militar, administrativa, constitucional, etc.). Ello implica que “toda persona tiene derecho a un juez natural y bajo ninguna circunstancia puede ser excluido de la jurisdicción preestablecida por ley, ni sometida a procedimientos distintos a los previamente establecidos, ni juzgados por tribunales especiales, ni de excepción, creados a raíz de los hechos.”⁴⁹⁴

La previsión legal de jurisdicciones especializadas en función de la materia o de determinadas personas, no constituye una violación al juez natural. Al respecto, por ejemplo, la propia CADH en su artículo 5.5 señala que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Ello supone el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a menores. La Corte IDH ha reiterado que “conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.”⁴⁹⁵

Asimismo, sobre la relación entre el fuero, la conexidad y el juez natural, la Corte IDH ha precisado el fuero –entendido como una medida establecida para proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de

493 MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia...*, op. cit., p. 296.

494 QUISPE, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirand lo Blanch, 2010, p. 372.

495 Entre otros, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrs. 146-148.

inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública y no como un derecho personal de los funcionarios– “no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima [...] De esta forma, no sólo se respeta el derecho en cuestión sino que el juez de fuero se convierte en el juez natural del aforado. Si, por el contrario, la ley no consagra el fuero y éste es establecido por el Ejecutivo o por el propio Poder judicial, distrayéndose así al individuo del tribunal que la ley consagra como su juez natural, se vería vulnerado el derecho a ser juzgado por un juez competente. Del mismo modo, si la conexidad está expresamente reglada en la ley, el juez natural de una persona será aquél al que la ley atribuya competencia en las causas conexas. Si la conexidad no está reglada por la ley, sería violatorio distraer al individuo del juez originalmente llamado a conocer el caso.”⁴⁹⁶

Ahora bien, el derecho a un juez natural se vulnera cuando se otorga competencias a instancias diferentes a las que naturalmente les compete conocer de determinadas causas y no se garantiza la independencia e imparcialidad necesarias para garantizar un debido proceso.

La Corte IDH consideró además que “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”, y en consecuencia, la Corte –con base en los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*– enfatizó que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.”⁴⁹⁷ Cuando se crean tribunales especiales o cuando se otorga competencia a los tribunales militares para enjuiciar a personas civiles se vulnera este derecho.

Así, por ejemplo, en el *Caso Ivcher Bronstein c. Perú*, por ejemplo, la Corte IDH consideró que “el Estado, al crear Salas y Juzgados *Transitorios* Especializados en derecho público y designar jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrieron los hechos *sub judice*, no garantizó al señor Ivcher Bronstein el derecho a ser oído por jueces o

⁴⁹⁶ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 74-81.

⁴⁹⁷ *Caso Castillo Petrucci y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 129; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 143.

tribunales establecidos 'con anterioridad por la ley', consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana." Por tanto, "esos juzgadores no alcanzaron los estándares de competencia, imparcialidad e independencia requeridos" por el mismo precepto. Asimismo, aplicando los estándares del debido proceso al procedimiento administrativo, la Corte IDH consideró que el derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos" es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos; por tanto, estimó violado el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención en virtud de que la autoridad que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher era incompetente, tanto por su carácter subordinado con respecto a la autoridad que emitió el título, como en virtud de la propia letra de la legislación peruana que requería que la declaratoria de nulidad respectiva se hiciese por el funcionario jerárquicamente superior al que la expidió. Por ello, la Corte IDH declaró el proceso seguido ante la Dirección General de Migraciones y Naturalizaciones como contrario a la Convención.⁴⁹⁸

Sobre la violación al derecho a un juez natural por medio de la jurisdicción militar en procesamiento a civiles o tratándose de violaciones a derechos humanos, existe una sólida jurisprudencia interamericana y una clara tendencia internacional.⁴⁹⁹ La Corte IDH ha reiterado que en un Estado democrático de derecho “la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado [...] que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”, de otra forma, “tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia

⁴⁹⁸ *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs.100-116.

⁴⁹⁹ En general, en relación a los tribunales militares, véanse el *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 17/2 del Consejo de Derechos Humanos. Doc. A/68/285, 7 de agosto de 2013 y el informe del anterior Relator Especial sobre *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la Impunidad*, Doc. A/61/384, 25 de septiembre de 2006, párrs. 18 a 47.

ordinaria.” Por ello, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.” En consecuencia, “frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”. Lo anterior no sólo resulta aplicable respecto del imputado, sino también respecto de las víctimas civiles y sus familiares, quienes “tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.”⁵⁰⁰

En este sentido, en diferentes casos la Corte IDH señaló que “el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procedimiento de civiles por el delito de traición a la patria por este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas [...] Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.”⁵⁰¹

Además, la competencia debe garantizarse desde la primera instancia. En el *Caso Radilla vs. México*, ante lo alegado por el Estado en el sentido de que las decisiones dictadas por tribunales militares eran susceptibles de ser revisadas por las autoridades ordinarias a través del juicio del amparo, con lo cual, en su opinión, se salvaguarda la garantía del juez natural en los casos donde la víctima de un delito considerado del orden militar sea un civil, la Corte IDH fue clara al señalar que “el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores” y, en consecuencia, “el concepto del juez natural y el

500 Entre otros, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párrs. 272-275.

501 *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 128; *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 112-114 y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 141; *Caso de los 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004, párrs. 167.

principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales”.⁵⁰²

De esta forma, el derecho a un juez natural, en tanto elemento del debido proceso, está también vinculado al derecho a recurrir un fallo o al derecho de segunda instancia reconocido en algunos instrumentos internacionales, principalmente en materia penal, (derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal). Así, por ejemplo, la Corte IDH ha reiterado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención Americana (art. 8.2.h), "no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto [...] Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él."⁵⁰³

En los casos *Castillo Petruzzi y otros*, y *Caso Lori Berenson Mejía* contra Perú, la Corte IDH consideró que los tribunales de segunda instancia formaban parte de la estructura militar y por ello "no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquellos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece."⁵⁰⁴ Por tanto, la Corte IDH determinó la existencia de una violación al artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma en los procedimientos penales seguidos ante las instancias militares.

Respecto de los efectos de la violación al derecho a un juez natural, la Corte IDH señaló en el *Caso Castillo Petruzzi y otros* que como consecuencia de "numerosas

⁵⁰² *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párrs. 279 y 280.

⁵⁰³ *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 161; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 192.

⁵⁰⁴ *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 161; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 193.

violaciones a la Convención Americana" (desde la etapa de investigación hasta el período de conocimiento por parte de los tribunales militares),⁵⁰⁵ "[e]videntemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del 'debido proceso legal', que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención." Por tanto, tal circunstancia "motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculcados."⁵⁰⁶

E) Separación de poderes e independencia del Poder judicial en el Derecho internacional contemporáneo

En apartados anteriores hemos considerado al principio de separación de poderes y la independencia del poder judicial respecto de su aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional. En este apartado nos referiremos al principio en su aspecto sustantivo, esto es como principio jurídico fundamental del orden público nacional e internacional y como derecho humano en el marco de todo Estado democrático.

Como lo destaca la Comisión Internacional de Juristas en su manual sobre *Principios internacionales sobre independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, "el principio de división de poderes es la piedra fundamental de un sistema judicial independiente e imparcial".⁵⁰⁷ Para la actual Relatora Especial sobre el tema,

⁵⁰⁵ En este punto la Corte señala: "En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado "juez natural" para hechos e inculcados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales "sin rostro"; los inculcados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento mismo de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensores, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos."

⁵⁰⁶ *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 221.

⁵⁰⁷ Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Ginebra, ICJ-CIJ, 2005, p. 17.

Gabriela Knaul, “sin independencia judicial no hay separación de poderes y sin esa separación no hay garantías para el estado de derecho ni la democracia”⁵⁰⁸

Al respecto, como ha considerado la Corte IDH, “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces”.⁵⁰⁹ Por ello se dice que la independencia de la judicatura constituye uno de los pilares del Estado de derecho y un derecho humano fundamental. Así lo ha enfatizado la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, al señalar que la existencia de un poder judicial independiente e imparcial es una condición previa y esencial para asegurar la protección de los derechos humanos y garantizar una administración de justicia sin discriminación alguna.⁵¹⁰

Los criterios que determinan la existencia de una judicatura independiente cuentan con amplio respaldo en el derecho internacional contemporáneo. Tales criterios se desprenden de los diferentes textos internacionales que regulan el debido proceso y han sido desarrollados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de tal forma que han de considerarse principios generales del derecho reconocidos por los diferentes sistemas jurídicos nacionales y por el propio derecho internacional como normas generales de derecho internacional.⁵¹¹

Existe, asimismo, un amplio desarrollo jurisprudencial de tales criterios por los diferentes organismos especializados en la aplicación e interpretación de los tratados internacionales arriba mencionados. Por mencionar sólo algunos ejemplos que enfatizan la importancia del principio de independencia judicial y lo consideran como un derecho absoluto e inderogable, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha reiterado que el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no admite

⁵⁰⁸ Cfr. *Independencia de los jueces y abogados*. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia a los jueces y abogados, Sra. Gabriela Knaul, presentado de conformidad con la resolución 26/7 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/69/294, 11 de agosto de 2014, pág. 77.

⁵⁰⁹ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero de 2001, parr.73.

⁵¹⁰ Cfr. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, "Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia." Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.26.

⁵¹¹ Diferentes instrumentos contemplan este derecho: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7 y 26).

excepciones y por tanto aplicable a toda circunstancia y a todo tribunal, sea de naturaleza ordinaria o especial.⁵¹² Asimismo, señaló que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno y que las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión.⁵¹³

En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos destacó que el artículo 7 de la Convención Africana, que garantiza el derecho a un tribunal independiente e imparcial, debe ser considerado como un derecho no derogable en la medida en que provee a los ciudadanos de una protección mínima.⁵¹⁴

Por su parte, la Corte IDH, con base en el artículo 27 de la CADH sobre suspensión de garantías, estimó que las garantías judiciales indispensables para proteger los derechos humanos [incluyendo el derecho a un recurso efectivo (art. 25) de la Convención) como es el recurso de amparo o el *hábeas corpus*] son inderogables en cualquier circunstancia, entendiendo por tales garantías “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades [a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención] y cuya suspensión o limitación pondría en peligro esa plenitud.”⁵¹⁵ En tales circunstancias de emergencia es indispensable contar con un órgano judicial autónomo e independiente que verifique la legalidad de aquellas medidas adoptadas en el marco del estado de excepción que la convención autoriza.⁵¹⁶

La cuestión de la independencia e imparcialidad del poder judicial además de un sólido reconocimiento convencional y un amplio desarrollo jurisprudencial, ha estado desde hace décadas en la agenda internacional y ha sido objeto de consideración por diferentes

⁵¹² Communication. No. 263/1987, M. González del Río v. Perú. Cit. en NACIONES UNIDAS, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations, New York-Geneva, 2003, pág. 118. (En adelante se citará como *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*).

⁵¹³ Observación General No. 32 sobre el “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrs. 4 y 6.

⁵¹⁴ ACHPR, Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria, Communication No. 218/98, ‘decisión adoptada durante el 29 Sesión Ordinaria del 23 de abril al 7 de mayo de 2001. Cit. en *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, cit., p. 118.

⁵¹⁵ Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párr. 29 y *Garantías Judiciales en Estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8º Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párr. 20.

⁵¹⁶ Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, cit., párr. 40.

instancias internacionales, entre ellas, la Asamblea General de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el actual Consejo de Derechos Humanos, a través de la Relatoría especial sobre la independencia de los magistrados y abogados.

Como muestra de la preocupación internacional en el tema de la independencia e imparcialidad del poder judicial y del reconocimiento internacional de este principio fundamental, la Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad confirmó e hizo suyos los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*⁵¹⁷, principios que han de considerarse como declarativos de una concepción universalmente aceptada por los Estados miembros de Naciones Unidas y que constituyen un parámetro importante e imprescindible en la valoración de la actividad judicial, tal como lo demuestra la práctica de diferentes organismos internacionales y de diversas organizaciones no gubernamentales especializadas.⁵¹⁸ Posteriormente, la misma Asamblea General, reafirmando el principio de integridad del sistema judicial,⁵¹⁹ acogió con satisfacción los *Principios básicos sobre la función de los abogados y las Directrices sobre la función de los fiscales*,⁵²⁰ e invitó a los gobiernos a que los respetaran y los tuvieran en cuenta en la legislación y la práctica nacionales.

Por su parte, desde hace ya varios años, la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión de la

⁵¹⁷ Los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* fueron adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Sobre la implementación de estos principios véase la resolución 1989/60 del Consejo Económico y Social: Procedures for the Effective Implementation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary. (15th Plenary Meeting, 24 May 1989).

⁵¹⁸ Cfr. *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., p. 119.

⁵¹⁹ Reiteradamente la antigua Comisión de Derechos Humanos hizo énfasis en la integridad del sistema judicial, como la consideración conjunta de distintos elementos englobados en distintos documentos aprobados en diversos foros de las Naciones Unidas, en particular los *Principios relativos a la independencia de la judicatura*, los *Principios básicos sobre la función de los abogados*, las *Directrices sobre la función de los fiscales*, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder*, las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* y las *Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*. Al respecto, véase entre resoluciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos la 2002/37 de 22 de abril de 2002 y 2003/39 de 23 de abril de 2003.

⁵²⁰ Principios aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Res. 45/166 de 18 de diciembre de 1990.

independencia e imparcialidad del poder judicial, estableciendo una relatoría especial sobre la independencia de los magistrados y abogados.⁵²¹ Asimismo, dicha Comisión tomó nota de los *Principios Bangalore sobre la Conducta Judicial* aprobados en la Reunión de Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en La Haya los días 25 y 26 de noviembre de 2002 y los señaló a la atención de los Estados Miembros, los órganos de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes para su consideración.⁵²² La Comisión recordó también la *Declaración sobre los Principios relativos a la independencia de la judicatura* adoptada en Beijing en agosto de 1995 por la Sexta Conferencia de Presidentes de las Cortes Supremas de Asia y el Pacífico; y la *Declaración de El Cairo*, adoptada en noviembre de 1995 por la Tercera Conferencia de Ministros de Justicia Francófonos.⁵²³ En los últimos años la importancia de la administración de justicia, la justicia transicional, la independencia de jueces abogados y fiscales, se ha reflejado en la agenda de la Organización de las Naciones Unidas, del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos.⁵²⁴

En el ámbito regional, destaca la Recomendación No. R. (94) 12 sobre la independencia, eficacia y función de los jueces, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 12 de octubre de 1994,⁵²⁵ y la ya aludida *Declaración de Beijing sobre los principios relativos a la independencia de la judicatura* en la región LAWASIA de 1995.⁵²⁶ Esfuerzos similares se han hecho en el continente americano; tal es el caso de la *Declaración de Lima sobre Independencia Judicial* adoptada durante la Conferencia Internacional "Independencia Judicial; Perspectivas internacional, regional y nacional" el 29 y 30 de noviembre de 2001. Destaca también el *Estatuto del Juez Iberoamericano*, adoptado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia en 2001; el *Estatuto Universal del Juez* probado por la

⁵²¹ La actual relatora es Gabriela Knaut (Brasil). Los anteriores relatores fueron Leandro Despouy (Argentina) y Param Kumaraswamy (Malasia).

⁵²² Los *Principios Bangalore sobre la Conducta Judicial* fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos por el relator especial Sr. Param Kumaraswamy como principios complementarios a los *Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia judicial*. Cfr. Doc. E/CN.4/2003/65, párr. 36 y anexo, 10 de enero de 2003.

⁵²³ Res. 2003/43, de 23 de abril de 2003.

⁵²⁴ Información disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/ListofIssues.aspx>

⁵²⁵ Disponible en: <http://cm.coe.int/ta/rec/1994/94r12.htm>.

⁵²⁶ Disponible en: <http://www.lawasiasn.au/index.php?contentPKey=76>

Asociación Internacional de Jueces en 1999 y los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África adoptados en 2003.

Todo lo anterior ilustra la importancia del principio de independencia de la judicatura y lo coloca como una norma de derecho internacional general obligatoria para los Estados, independientemente de que sean o no partes en los aludidos convenios internacionales, en tanto norma de derecho consuetudinario y principio general del derecho reconocido en los sistemas jurídicos nacionales.⁵²⁷ Ello permite constatar la importancia de las garantías judiciales y el alcance de las obligaciones internacionales que no sólo se dirigen a los miembros del poder judicial estrictamente sino a cualquier otro órgano del Estado que ejerza funciones jurisdiccionales.

Como lo ha destacado la doctrina y la práctica internacional, el principio de independencia de los jueces y tribunales abarca dos aspectos: objetivo o institucional y subjetivo o personal. El primero supone la existencia de un poder judicial independiente de los otros poderes públicos donde la independencia es la base de funcionamiento del propio poder judicial (marco constitucional y legal, estructura orgánica e institucional, financiamiento, garantías de cumplimiento de los fallos judiciales, etc.) así como parámetro de organización de las políticas de nombramiento, capacitación, promoción, remuneración, remoción y responsabilidad de los jueces. El segundo referido a su aspecto subjetivo, particular, esto es, al ejercicio de las funciones judiciales en un caso particular y al

⁵²⁷ Para la actual Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, "la independencia del poder judicial se ha definido como costumbre internacional y principio general de derecho reconocido por la comunidad internacional" (*Independencia de los jueces y abogados*. Informe de la Relatora Especial, Sra. Gabriela Knaul, A/69/294, 11 de agosto de 2014, párr. 75). Como lo afirmó el anterior relator sobre el mismo tema: "Además de ser los pilares del sistema democrático, el estado de derecho y la separación de poderes también son la clave de una administración de justicia con garantía de independencia, imparcialidad y transparencia. En el ordenamiento jurídico de los distintos países del mundo esas garantías se establecen en distinto grado mediante los textos constitucionales y legales, así como en la jurisprudencia. Tienen además alcance universal dado que, como afirmaba el anterior Relator Especial en 1995 (E/CN.4/1995/39): "Los requisitos de independencia e imparcialidad de la justicia son universales y se basan tanto en el derecho natural como en el positivo. En el plano internacional las fuentes de este último derecho radican en los compromisos convencionales, las obligaciones consuetudinarias y los principios generales del derecho". En particular, "la práctica general de administrar justicia de forma independiente e imparcial es aceptada por los Estados como una cuestión de derecho, por lo que constituye una costumbre internacional en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia". Cfr. Naciones Unidas, "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad." Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy en el 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/2004/60, de 31 de diciembre de 2003, párr. 28. En el mismo sentido véase: *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op., cit., p. 118.

comportamiento de los jueces en el contexto de la vigencia del principio de independencia judicial. Por un lado la independencia de la judicatura o del Poder Judicial, por el otro, la independencia de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional.

En general esta última independencia de los jueces está relacionada con la función que ejercen y no constituye un beneficio o privilegio personal.⁵²⁸ Se trata de un derecho de los destinatarios de la justicia".⁵²⁹ En consecuencia el principio de independencia del poder judicial es exigible no sólo en su aspecto institucional u objetivo, sino también en su carácter subjetivo. Al respecto, los *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial* señalan:

La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales. (Valor 1: Principio de Independencia).

Así lo destacó también el anterior Relator Especial sobre el tema, al señalar que el principio de independencia judicial es ante todo un derecho de los individuos a ser juzgados por jueces independientes en el conjunto de instituciones judiciales también independientes, por tanto no cabe hacer distinciones respecto de los niveles de desarrollo de los países o de su régimen político. Como informó el Relator:

El derecho a una judicatura independiente e imparcial y a una abogacía independiente no es un derecho ni una prerrogativa de los jueces y abogados. Se trata de un derecho de los usuarios de la justicia. Al aplicar este derecho no debe hacerse ninguna distinción entre el norte y el sur, los ricos y los pobres, los países desarrollados y los países en desarrollo.⁵³⁰

En definitiva, “no se trata únicamente de la defensa de los particulares que ejercen actividades judiciales o están vinculados con ellas; la cuestión se sitúa en un contexto institucional: separación de poderes, régimen democrático y estado de derecho.”⁵³¹

⁵²⁸ Como señala el *Manual sobre los Derechos Humanos en la Administración de Justicia* de Naciones Unidas: “[...] the principle of independence of judges was not invented for the personal benefit of the judges themselves, but was created to protect human beings against abuses of power.” NACIONES UNIDAS, *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., p. 115.

⁵²⁹ *Ídem*.

⁵³⁰ Doc. E/CN.4/2003/65, p. 15.

⁵³¹ Naciones Unidas, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad.” Informe del Relator Especial

Al respecto, la Corte IDH he destacado que “el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico”.⁵³² En particular, la Corte precisó que “la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad”.⁵³³

En dos asuntos contra Ecuador relativos al cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes, la Corte IDH determinó que tal hecho “constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático”. Para la Corte IDH, el hecho de que en 14 días se destituyó no solo al Tribunal Constitucional, sino también al Tribunal Electoral y a la Corte Suprema de Justicia “constituye un actuar intempestivo totalmente inaceptable” que implica “una afectación a la independencia judicial” considerando que “en ese momento en Ecuador había un clima de inestabilidad institucional que afectaba a importantes instituciones del Estado”.⁵³⁴ Finalmente, la Corte destacó lo dispuesto en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana en el sentido de que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [...] y la separación e independencia de los poderes públicos” y concluyó que “la destitución de todos los miembros del Tribunal Constitucional implicó una desestabilización del orden democrático existente en ese momento en Ecuador,

sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy en el 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/2004/60, de 31 de diciembre de 2003, párr. 27

532 Entre otros, *Caso Apitz Barbera y otros*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 55 y *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 67.

533 *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013. párr. 198 y *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 154.

534 *Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, cit. párrs. 207 y 212, y *Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, cit., párrs. 170 y 175.

por cuanto se dio una ruptura en la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un ataque a las tres altas Cortes de Ecuador en ese momento”. Destacando que “la separación de poderes guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos.”⁵³⁵

a) Alcance objetivo de la independencia judicial

La dimensión institucional u objetiva de la independencia de la judicatura es parte fundamental de todo régimen democrático y requiere de un diseño constitucional e institucional adecuado para su pleno desenvolvimiento. La dimensión objetiva o institucional, como uno de los pilares en los que se asienta todo Estado constitucional, se expresa en una serie de obligaciones y deberes de los poderes públicos que abarcan, al menos, cinco aspectos: independencia en materia de administración de justicia (, elección de presidentes, asignación de casos y reglas de turno); independencia financiera (recursos adecuados, suficientes); independencia respecto del cumplimiento de las decisiones judiciales; independencia respecto de su competencia; y el derecho y el deber de garantizar procesos judiciales libres y decisiones razonables.⁵³⁶

Por cuanto hace a la independencia para la administración interna de la justicia, ésta se relaciona, entre otros aspectos, con la libertad de los tribunales para elegir a su presidente y la asignación de casos. Sobre el primer aspecto, la CIDH ha advertido que “la selección de la presidenta o presidente por otros poderes u órganos públicos puede traducirse en interferencias a los tribunales afectando la independencia en el desempeño de jueces y juezas, en la medida en que se deja en manos de un representante elegido por otros poderes tomar las decisiones que afectarán a la organización y funcionamiento interno de los tribunales”.⁵³⁷ Sobre el segundo aspecto, el Principio 14 de los *Principios Básicos* destaca, por ejemplo, que “la asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.” Lo mismo señala la

⁵³⁵ *Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, cit. pár. 221.

⁵³⁶ NACIONES UNIDAS, *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., pp. 120 y ss.

⁵³⁷ CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., pár. 114.

Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Principio I, numeral 2, inciso e), al destacar que “la distribución de casos no debe estar influida por los deseos de cualquier parte o de cualquier persona interesada y deberá realizarse mediante sorteo o un sistema de distribución automática por orden alfabético u otro sistema similar; así como la *Declaración de Beijing*, que dispone en su numeral 35 que la asignación de casos es un asunto de administración judicial cuyo control último debe pertenecer al máximo funcionario judicial del tribunal respectivo.

La independencia financiera o económica también suele destacarse como un aspecto relevante para el debido funcionamiento de los tribunales. Al respecto, por ejemplo, el Principio 7 de los *Principios Básicos*, supone que cada Estado Miembro “proporcione los recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”. El Estatuto Universal del Juez dispone que el juez debe recibir una remuneración suficiente para asegurar su independencia económica y que corresponde a los otros poderes públicos del Estado proporcionar al poder judicial los recursos necesarios para su actuación (artículos 13 y 14). El Estatuto del Juez Iberoamericano dispone, en su artículo 6°, sobre las condiciones materiales de la independencia, que “el Estado garantizará la independencia económica del Poder Judicial, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades y a través del desembolso oportuno de las partidas presupuestales”. En el mismo sentido, se pronuncia la Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Principio III, los bajo el rubro de Condiciones de trabajo apropiadas y la *Declaración de Beijing* (numerales 41 y 42).

Al respecto la CIDH destaca como un aspecto esencial para garantizar la independencia institucional que el poder judicial no dependa para su disposición y manejo de otros poderes o entidades y cuente con recursos suficientes para posibilitar el desempeño adecuado de sus funciones, por lo que los Estados que no establecen en su marco normativo un porcentaje mínimo de presupuesto asignado a los órganos de administración de justicia “generan amplios riesgos a la independencia institucional precisamente por su sujeción a las decisiones que sobre el monto de su presupuesto pueden tomar discrecionalmente el poder ejecutivo, el poder legislativo u otros órganos del poder público y las consecuentes

negociaciones que pueden verse obligados a realizar para lograr la asignación de un presupuesto adecuado.”⁵³⁸

La independencia judicial supone también el respeto y cumplimiento de sus resoluciones, tal como lo señala el Principio 1, *in fine*, de los *Principios Básicos*: "Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura." Este principio deriva también de la naturaleza propia de la división de poderes en virtud de la cual cada poder debe respetar los objetivos y las funciones de los otros a efecto de garantizar el debido funcionamiento de las instituciones estatales. En este sentido, la Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Principio II, dispone que “todas las personas vinculadas a un caso, incluso los órganos estatales o sus representantes, deben estar sometidos a la autoridad del juez” y la *Declaración de Beijing* señala en su numeral 5 que “es deber de la judicatura respetar y observar los objetivos y las funciones propios de las otras instituciones del gobierno. Es deber de dichas instituciones respetar y observar los objetivos y funciones propios de la judicatura.”

En este sentido, el respeto a las funciones judiciales supone, en consecuencia el cumplimiento de sus decisiones por los otros poderes públicos aunque no compartan su sentido o el fallo les sea adverso. Al respecto el *Manual sobre los Derechos Humanos en la Administración de Justicia* de Naciones Unidas puntualiza que el respeto a la independencia judicial a través del cumplimiento de sus resoluciones implica:

*[...] that the Executive, the Legislature, as well as other authorities, such as the police, prison, social and educational authorities, must respect and abide by the judgments and decisions of the Judiciary, even when they do not agree with them. Such respect for the judicial authority is indispensable for the maintenance of the rule of law, including respect for human rights standards, and all branches of Government and all State institutions have a duty to prevent any erosion of this independent decision-making authority of the Judiciary.*⁵³⁹

Asimismo, el respeto a las decisiones judiciales implica que éstas no serán sometidas a procesos de control o revisión por los otros poderes públicos salvo aquellos procedimientos

⁵³⁸ CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., p. 50.

⁵³⁹ NACIONES UNIDAS; *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., p. 121.

que por su propia naturaleza así lo requieren y siempre que se encuentren previstos en la ley (p.e. indultos, conmutaciones de pena, etc.). Sobre el particular el Principio 4 de los *Principios Básicos* señala:

No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Por otra parte, la independencia judicial se proyecta también en la capacidad para decidir sobre su propia competencia, lo que supone, conforme al Principio 3 de los *Principios Básicos*, que la judicatura “será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.” Por su parte, la Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros dispone: “ningún órgano distinto a los propios tribunales debe decidir acerca de la competencia de éstos, según lo definido la ley”⁵⁴⁰

El alcance del principio de competencia como parte de la independencia judicial se proyecta, al igual que otros, en la jurisdicción internacional, donde se reconoce plenamente que los tribunales internacionales son maestros de su jurisdicción. Así lo ha reiterado la Corte IDH al señalar que “como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).” En consecuencia, “la Corte tiene la competencia, que le es inherente y que atiende a un imperativo de seguridad jurídica, de determinar el alcance de su propia jurisdicción.”⁵⁴¹

Consecuencia de lo anterior, la independencia judicial se proyecta también en el desarrollo de los procedimientos y supone, tanto en su aspecto institucional como individual, el derecho y el deber de garantizar procesos judiciales libres y decisiones razonables, motivadas y fundamentadas conforme a derecho. Conforme a los *Principios básicos*, el principio de la independencia de la judicatura “autoriza y obliga a la judicatura a

⁵⁴⁰ Principio I, numeral 2, inciso a), iii.

⁵⁴¹ Corte IDH, entre otros, *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 78; *Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81, párr. 69 y *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 69.

garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto a los derechos de las partes.” (Principio 6).⁵⁴²

Asimismo, se debe llamar la atención sobre la formación y capacitación continua en derechos humanos como garantía de la independencia judicial, tanto institucional como subjetiva o funcional. Al respecto la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, destaca que “los jueces pueden y deberían intervenir activamente en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos” ya sea a través de un control de legalidad, constitucionalidad o convencionalidad; remitiendo a normas y criterios internacionales en la interpretación del derecho interno; con ello “ayudan al Estado a cumplir las obligaciones que ha contraído”. No obstante, en ocasiones los jueces no disponen del texto del tratado o no tienen acceso a la jurisprudencia pertinente o resulta gravosa obtenerla, estando limitado, en ocasiones, dicho acceso a las altas cortes nacionales. En este sentido, la independencia del poder judicial deriva de su competencia, profesionalismo e integridad, así como de su mecanismo de rendición de cuentas como institución proveedora de servicios”. Ante tal circunstancia es fundamental contar con un poder judicial eficaz e independiente para fomentar el estado de derecho, combatiendo la corrupción, promoviendo la seguridad y la estabilidad política y social, y proporcionando recursos eficaces a las partes en conflicto”.⁵⁴³

Al respecto los *Principios de Bangalore* establecen (Valor 6: Competencia y diligencia) que un juez “dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales” y “se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos”. En el mismo sentido, la CIDH ha destacado que “una condición importante para garantizar la actuación independiente de las y los operadores de justicia es que cuenten con una capacitación adecuada”, dado que la mayor capacitación y formación profesional los hace menos

⁵⁴² Así lo destacan también la Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros [Principio I, numeral 2, inciso d)], y el Estatuto del Juez Iberoamericano que señala los deberes de los jueces de cumplir con las normas del debido proceso, motivar sus determinaciones, resolver en un plazo razonable y guardar el secreto profesional debido.

⁵⁴³ Cfr. *Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva*, Doc. A/HRC/14/26, 9 de abril de 2010, párrs. 63, 64, 70 y 71.

influenciables a presiones e injerencias y garantiza que sus decisiones respondan efectiva y correctamente a los requerimientos del derecho internacional.⁵⁴⁴

Finalmente, un aspecto fundamental para la garantía de independencia institucional y personal de juezas y jueces que cuenten con garantías suficientes para su seguridad y protección. Al respecto, la Corte IDH destacó que “el Estado debe garantizar que funcionarios judiciales, fiscales, investigadores y demás operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuado, tomando en cuenta las circunstancias de los casos a su cargo y el lugar donde se encuentran laborando, que les permita desempeñar sus funciones con debida diligencia. Asimismo, el Estado debe asegurar la efectiva protección de testigos, víctimas y familiares en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en particular y de forma inmediata con respecto a la investigación de los hechos del presente caso.”⁵⁴⁵ En ese sentido, la Corte IDH también destacó que

los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, [...] esencial para el ejercicio de la función judicial” [En este sentido] uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática.⁵⁴⁶

b) La independencia de los jueces: dimensión subjetiva, funcional o individual

La independencia judicial supone también el derecho individual de juezas y jueces a gozar y ejercer su función de manera independiente frente a los poderes públicos, instancias

⁵⁴⁴ CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., pág. 140.

⁵⁴⁵ *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, pág. 297. Véase también CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., párrs. 146-167.

⁵⁴⁶ Cfr., entre otros, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 67.

superiores, las partes y terceros. Al mismo tiempo, en tanto garantía funcional, este principio impone deberes a los jueces en el desarrollo de sus funciones. De esta forma los jueces, si bien independientes no puedan resolver un caso con base en sus propios deseos o preferencias, sino de acuerdo con el derecho, de ahí que la independencia individual tiene por objeto evitar presiones y todo tipo de represalias a fin de cumplir las altas funciones que le son encomendadas, sin incidencia incluso de autoridades judiciales superiores, salvo las facultades de revisión a través de recursos procesales.⁵⁴⁷

De acuerdo con los *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura* (Principio 2): “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquiera sectores o por cualquier motivo.”

Al respecto el *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia* de Naciones Unidas considera que los jueces “[...] have both a right and a duty to decide the cases before them according to the law, free from fear of personal criticism or reprisals of any kind, even in situations where they are obliged to render judgments in difficult and sensitive cases.”⁵⁴⁸

En el mismo sentido, la Corte IDH siguiendo los *Principios Básicos de Naciones Unidas*, así como la jurisprudencia constante del TEDH, ha considerado necesario “que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.⁵⁴⁹

Por su parte, el TEDH en su jurisprudencia constante ha reiterado que para decidir si un órgano puede ser considerado “independiente”, en un caso concreto hay que tener en cuenta, especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus

⁵⁴⁷ Cfr. Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, cit., pp. 23-25.

⁵⁴⁸ NACIONES UNIDAS, *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., p. 123.

⁵⁴⁹ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero de 2001, parr. 75.

miembros, las garantías existentes contra las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente.⁵⁵⁰

Sobre este último aspecto de la apariencia de independencia Jayawickrama considera:

*The question is whether an informed and reasonable person would perceive the tribunal as independent. Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, the test for independence is whether the tribunal may be reasonably perceived as independent.*⁵⁵¹

Adicionalmente a los criterios identificados por las jurisdicciones internacionales se han considerado otros, relacionados también con la dimensión institucional, relativos a la seguridad financiera, la educación y capacitación judicial, la promoción, la responsabilidad judicial, etc. En general, respecto de la dimensión individual de la independencia judicial se pueden destacar los siguientes aspectos: nombramiento de jueces; seguridades de permanencia en el cargo, promoción y garantías en el procedimiento de destitución; seguridad financiera; responsabilidad judicial; capacitación y educación judicial; el derecho y el deber de garantizar procesos judiciales libres y decisiones razonables, motivadas y fundamentadas conforme a derecho, y derechos de asociación y libertad de expresión.⁵⁵²

La jurisprudencia de la Corte IDH, siguiendo al TEDH y los *Principios Básicos* de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, identifica dentro de las garantías que se derivan de la independencia judicial, las siguientes: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.⁵⁵³

Con base en ello, la Corte IDH sintetiza los que denomina “Estándares generales sobre independencia judicial” *de la siguiente forma:*

550 TEDH, entre otras, *Caso Langborger contra Suecia* (S. 22 de junio de 1989), pár. 32; *Caso Campbell y Fell* (S. 28 de junio de 1984), serie A, núm. 80, págs. 39 y 40, pár. 78; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment* (S. 23 de junio 1981), Series A no. 43, para. 55.

551 JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights*..., op. cit., p. 518.

552 Cfr. *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, op. cit., pp. 123 y ss.

553 Entre los asuntos de la Corte IDH que han tratado sobre estos temas destacan: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*; casos *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”); *Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón, todos contra Venezuela*; y casos de la Corte Suprema de Justicia (*Quintana Coello y otros*) y del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y otros*) ambos contra Ecuador.

i) *Adecuado proceso de nombramiento.* Los elementos preponderantes en el acceso y destitución deben atender a la integridad, idoneidad, capacidad, eficiencia y formación o calificaciones jurídicas apropiadas; toda decisión relacionada con la carrera profesional debe estar basada en criterios objetivos y razonables, atendiendo a los méritos y calidades del aspirante, así como asegurando la igualdad de oportunidades teniendo en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar. Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. De esta forma, la igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia sujeta a requisitos legales y sin tratos desiguales arbitrarios. “En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo”.

ii) *Inamovilidad.* La inamovilidad “es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción.” En consecuencia, si el Estado incumple una de estas garantías “afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos y la inamovilidad de los jueces hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones y que todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial. La destitución de jueces por el Poder ejecutivo antes de la expiración de su mandato, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial [Observación General No. 32, párr. 20.]. La Corte IDH considera que “la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente” y permitir el ejercicio del derecho de defensa. “Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias.”⁵⁵⁴

iii) *Garantía contra presiones externas.* Los *Principios Básicos* disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”. Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley” y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso

554 *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párrs. 71-74.

judicial” [Principios 2, 3 y 4]. De esta forma, “los jueces cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad”. La garantía de inamovilidad “debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella”. Ello evita el temor en los demás jueces que advierten que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados, aunque la destitución fue arbitraria. “Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador. Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación”.⁵⁵⁵

No obstante, la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces no es absoluta, admite que los jueces sean destituidos por conductas claramente reprochables (por razones graves de mala conducta o incompetencia) debiéndose respetar las garantías procesales durante el procedimiento y tramitarse con prontitud, considerando que, en la etapa inicial, el examen de la cuestión debe ser confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la garantía de estabilidad del juez se relaciona con el derecho a permanecer, en condiciones generales de igualdad, en un cargo público. Además, “la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. La Corte considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo.” Finalmente, la Corte IDH señala que “el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad.”⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ *Ídem*, párrs. 80 y 81.

⁵⁵⁶ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párrs. 75-79 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, párs. 188-199, y *Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013, párs. 143-155.

Cabe agregar a lo establecido por la Corte IDH, respecto al nombramiento de jueces, que el derecho internacional no establece una forma determinada de nombramiento de juezas y jueces nacionales. Como sistema complementario deja a los Estados la libertad de establecer su propio sistema siempre que el resultado derive en el ejercicio independiente de la función judicial. Sin embargo, deben respetarse los estándares internacionales, particularmente el principio de igualdad y no discriminación.⁵⁵⁷

Los diferentes modelos de designación de jueces han sido considerados por diferentes órganos internacionales de control. Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos expresó, por cuanto hace a la elección de jueces realizada en algunas entidades de los Estados Unidos de América, su "preocupación por las repercusiones que el actual sistema de elección de jueces puede tener, en algunos Estados, sobre el respeto de los derechos previstos en el artículo 14 del Pacto" y acogió con satisfacción "los intentos de varios Estados de adoptar un sistema de selección basado en el mérito." En sus observaciones finales el Comité recomendó "que se reconsidere el sistema vigente en varios Estados de nombrar a los jueces mediante elecciones, a fin de sustituirlo por un sistema de nombramientos basados en el mérito y decididos por un órgano independiente."⁵⁵⁸ De la misma forma, en las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Armenia (1998), consideró "que la independencia del poder judicial no está plenamente garantizada." En particular, porque "la elección de los jueces por voto popular para un mandato fijo máximo de seis años no garantiza su independencia e imparcialidad."⁵⁵⁹

La Corte IDH, en el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, en que se alegó que el cese de los magistrados se debió a la ilegalidad del método de designación (votación "en plancha"), destacó que "permitir que subsista durante más de año y medio la posibilidad de revertir una designación del más alto tribunal en asuntos constitucionales, es

⁵⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncian la Recomendación No. R. (94) 12 (*Principio I*, párs. 1, 2, c.) y los Principios de Beijing (numerales 11-17), respecto a que las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces deben estar basados en criterios objetivos, no debe haber discriminación, y la selección y la carrera debe estar basadas en el mérito, teniendo en cuenta la calificación, integridad, capacidad, eficiencia, competencia e independencia comprobadas. Asimismo, deben establecerse procedimientos transparentes en la selección de candidatos y no dejarse a la discrecionalidad exclusiva de los poderes ejecutivo o legislativo.

⁵⁵⁸ Doc. CCPR/C/79/Add.50 Estados Unidos de América. (*Concluding Observations/Comments*), 3/10/95, párs. 23 y 36.

⁵⁵⁹ Doc. CCPR/C/79/Add.100 (1998) Armenia (*Concluding Observations/Comments*) 19/11/98, párs. 8 y 9.

decir, que no caduque en un lapso razonable esta posibilidad de analizar y revertir supuestos vicios formales en una designación de tanta importancia, afecta la garantía de estabilidad en el cargo y puede permitir el surgimiento de presiones externas, aspectos directamente relacionados con la independencia judicial”.⁵⁶⁰

Ahora bien, la importancia de la responsabilidad del poder judicial, como complemento de su independencia, se ha hecho más evidente a raíz del proceso de judicialización creciente de la vida contemporánea. En la mayoría de los países con sistemas judiciales independientes el tema de la responsabilidad del poder judicial es determinante y existe una amplia bibliografía al respecto.⁵⁶¹ La responsabilidad judicial es el corolario indispensable del principio de independencia judicial.

En consecuencia, cuando algún juez falta a sus obligaciones deberá responder ante las instancias competentes. Sin embargo, para no infringir con ello su independencia, los procedimientos han de estar previstos en la legislación nacional y deben ofrecer las debidas garantías. Como destacan los *Principios Básicos*, “las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente” (Principio 20).

En ocasiones en el derecho interno se habla de una responsabilidad civil, penal o disciplinaria (en ocasiones también política y social) de los jueces y se establecen mecanismos de responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial, funcionamiento anormal de la administración de justicia y dilaciones indebidas. Estamos

⁵⁶⁰ *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, *cit.* pág. 179.

⁵⁶¹ A manera de ejemplo véase: BUFFARINI, Paula "La Responsabilidad civil judicial y su recepción en el Proyecto de Código Civil de 1998" en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*. Enero-Diciembre de 2000, Año XL.No. 61, pp. 105-125; CAPPELLETTI, Mauro, *La responsabilidad judicial*, JUS. Fundación para la Investigación de las Ciencias Sociales, Argentina, 1988; COUNCIL OF EUROPE, *Judicial Power and Public Liability for Judicial Acts. Proceedings of the Fifteenth Colloquy on European Law*, Strasbourg, 1986; DEGUERGUE, Maryse (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*. PUF, Coll. Droit et Justice, 2003; DÍEZ PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, España, La Ley, 1992; EINSEWEILER, Laurence "La responsabilité des magistrats" en *Annales de Droit de Louvain*, 4/1996, pp. 415-441; ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, "La responsabilidad judicial a raíz de la Constitución" en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Vol. I., Universidad de Murcia, 1997, pp. 225-240; HOLDERBACH-MARTIN, Virgine, "La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle face aux exigences du droit européen" en *LE DALLOZ*, 2003, No. 1/7098, pp. 23-27; LÓPEZ MUÑOZ, Riansares "Independencia y responsabilidad del juez" en *Revista General de Derecho*, Año- LIII-Núm. 635, pp. 10405-10428; OLOWOFOYEKU, Abimbola, "State Liability for Exercise of Judicial Power" en *Public Law*, Autumm 1998, Sweet & Maxwell, pp 444-462; RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2001.

entonces ante la responsabilidad personal del juez, por un lado y la responsabilidad patrimonial del Estado, por el otro.⁵⁶²

En cualquier caso, si bien el derecho internacional deja a las constituciones, leyes y tradiciones jurídicas de los Estados la definición específica de tales procedimientos, estos deberán considerar al menos los criterios mínimos ya mencionados.

La actual Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados ha puesto énfasis también en evidenciar el vínculo necesario entre la rendición de cuentas y la independencia judicial como elementos esenciales de un sistema judicial independiente, imparcial y eficaz. Ello considerando que el requisito de independencia e imparcialidad, como se ha señalado, no existe en beneficio de los propios jueces, sino de los usuarios de los tribunales como parte de su derecho de acceso a la justicia a fin de protegerlos de los abusos del poder. Ello supone que “la independencia judicial no es absoluta sino que está limitada por el marco establecido por la rendición de cuentas judicial que, a su vez, debe respetar los principios fundamentales de la independencia del poder judicial y de la separación de poderes, y sus procedimientos deben ajustarse a las normas internacionales del debido proceso y juicio imparcial”.⁵⁶³

Los *Principios básicos de Naciones Unidas*, así como otros instrumentos similares (por ejemplo, los *Principios Bangalore*, el *Estatuto Universal del Juez*, el *Estatuto del Juez Iberoamericano*) tienen por objeto llenar el vacío normativo en el derecho internacional sobre la responsabilidad judicial y servir de directivas o guías para códigos de conducta similares en el ámbito nacional.

La rendición de cuentas judicial individual e institucional fortalece las garantías de un juicio imparcial y contribuye a la erradicación de la corrupción judicial.⁵⁶⁴ En concepto de la Relatora Especial, la rendición de cuentas individual abarca las obligaciones de redactar resoluciones individuales motivadas en un lenguaje comprensible para los beneficiarios de la justicia, explicar sus opiniones personales sobre el derecho y la

⁵⁶² Cfr. DÍEZ-PICAZO, I., *Poder Judicial y Responsabilidad*, op. cit., pp. 91 y ss.

⁵⁶³ La rendición de cuentas se define generalmente como la obligación o voluntad de aceptar la responsabilidad o responder por los actos propios y es un concepto inherente al estado de derecho. Cfr. *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaut, Doc. A/HRC/26/32, 28 de abril de 2014, párrs. 18 y ss.

⁵⁶⁴ Véase también el informe sobre *independencia de los magistrados y abogados*, Doc. A/67/305, 12 de agosto de 2013.

constitución al público en general y aceptar un sistema de inscripción de sus intereses económicos y de otra índole, abarcando también las conductas extrajudiciales, otras actividades profesionales permitidas y la vida privada de los operadores de justicia.⁵⁶⁵

La rendición de cuentas institucional debe abarcar a toda la organización del sistema judicial y conlleva aspectos internos y externos; los primeros, relacionados con la supervisión de la independencia, competencia, objetividad e imparcialidad de sus respectivos operadores y los segundos relativas a actividades por las que los ciudadanos a través de los medios de comunicación, la sociedad civil, las comisiones de derechos humanos y el parlamento, pueden vigiar el funcionamiento de la judicatura (por ejemplo, la celebración pública de audiencias, la disponibilidad y transparencia de información sobre la judicatura, la creación de sitios web, el uso de medios de comunicación y programas de televisión para explicar las resoluciones judiciales, permiten que el sistema no actúe a puerta cerrada.⁵⁶⁶ Lo anterior, en el entendido de que, en cualquier caso, los mecanismos de rendición de cuentas deben tener una aplicación restringida a fin de no vulnerar la independencia judicial, que tratándose de juezas y jueces sólo pueden emprenderse procedimientos disciplinarios por razones de incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones previsto por la ley, por errores graves e inexcusables y que también desacrediten al poder judicial, sin que deban ser destituidos o castigados por errores cometidos de buena fe o por discrepar con una determinada interpretación del derecho.⁵⁶⁷

c) La independencia judicial, el derecho de asociación y la libertad de expresión

⁵⁶⁵ En este sentido, los jueces están obligados a garantizar juicios justos y decisiones razonables, motivadas y fundamentadas conforme a derecho. Como señala Joseph Aguiló, "la independencia judicial es la peculiar forma de obediencia que el Derecho exige a sus jueces." El derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho (no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho) es el correlativo del deber de independencia judicial. "El juez debe ser independiente incluso de sus propios credos autónomamente aceptados". AGUILÓ, Joseph. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica" en *Isonomía*, No. 6 /Abril 1997, pp. 71-79. Al respecto, el Principio 6 de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* de Naciones Unidas establece: "El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes."

⁵⁶⁶ Informe sobre *independencia de los magistrados y abogados*, Doc. A/67/305, 12 de agosto de 2013, párrs. 57-76.

⁵⁶⁷ *Ídem*, párrs. 84 y 87.

Las juezas y jueces gozan de los derechos y libertades fundamentales como cualquier persona, pero encuentran también en su ejercicio algunas limitaciones en atención a la función que ejercen. En general, se reconoce la importancia del ejercicio de los derechos y libertades como medio para que los jueces protejan su libertad, en particular de los derechos de asociación, reunión, conciencia y libertad de expresión.

Al respecto, los *Principios básicos* señalan que “al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (Principio 8). Asimismo, los jueces “gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas” (Principio 9).⁵⁶⁸

De acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas “las asociaciones de jueces juegan un papel esencial en garantizar el respeto de la independencia del poder judicial y del estado de derecho”.⁵⁶⁹ De la misma forma, la CIDH ha expresado que “el ejercicio del derecho de asociación de los operadores de justicia posibilita la defensa colectiva de sus derechos en los debates relativos a sus funciones y condición jurídica favoreciendo la exigencia de condiciones que salvaguarden su actuar independiente”, por lo que las restricciones a ese derecho no pueden ser absolutas y deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática. Así se reconocen como válida la restricción para participar en un partido político.⁵⁷⁰

De la misma forma, se considera como vital para la función judicial el respeto a la libertad de expresión de los operadores de justicia, dado que, “como garantes del estado de derecho y parte integral de la comunidad jurídica, los jueces deben necesariamente

⁵⁶⁸ De la misma forma, la Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, respecto del derecho de asociación de los jueces, dispone en su Principio IV: “Los jueces deben ser libres de formar asociaciones que, ya sea por cuenta propia o con otro organismo, tengan la tarea de proteger su independencia y sus intereses”. Así lo reconocen también los *Principios de Beijing* (8 y 9) y el Estatuto del Juez Iberoamericano (art. 36).

⁵⁶⁹ Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, cit., p. 37.

⁵⁷⁰ CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., p. 182.

participar en el debate de las reformas y otros asuntos jurídicos”.⁵⁷¹ Al respecto, la Corte IDH ha destacado que, en determinados casos, los funcionarios públicos no sólo tienen el derecho sino el deber de efectuar pronunciamientos sobre asuntos de interés público en cumplimiento a sus atribuciones legales;⁵⁷² no obstante, esta libertad no es absoluta y está sujeta a ciertas limitaciones inherentes a la función judicial, cuando se comprometa su independencia o imparcialidad.⁵⁷³

d) El Principio de imparcialidad judicial

Las nociones de "independencia" e "imparcialidad" se encuentran estrechamente vinculadas y en diversas ocasiones los mecanismos internacionales se han ocupado de ellas de manera conjunta; sin embargo, cada una mantiene su propio significado y sus alcances jurídicos.⁵⁷⁴ Así lo destacó la Corte IDH en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*:

⁵⁷¹ Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, cit., p. 39.

⁵⁷² “La Corte ha reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Por lo anterior, no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador.” *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, pár. 131.

⁵⁷³ Así lo disponen también los *Principios de Bangalore* (Principio 4.10). Al respecto, por ejemplo, el TEDH, en el caso *Kudeshkina vs. Rusia*, consideró que la remoción de una jueza por haber realizado críticas públicas respecto a la independencia del poder judicial vulneraba la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del Convenio Europeo, y consideró que los asuntos que conciernen al funcionamiento del sistema judicial constituyen cuestiones de interés público. Asimismo, en el *Caso Wille vs. Lichtenstein*, el TEDH consideró que los asuntos constitucionales siempre tienen implicaciones políticas, pero eso no autoriza a prohibir la libre expresión de los jueces sobre esos asuntos. Cit. en CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*, cit., p. 76.

⁵⁷⁴ Cfr. *Manual sobre los Derechos Humanos en la Administración de Justicia* de Naciones Unidas, op. cit., p. 135.

Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio [...]. [L]a imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.⁵⁷⁵

Adicionalmente, la Corte IDH ha señalado que “el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.”⁵⁷⁶

Al respecto el Principio 2 de los *Principios Básicos de Naciones Unidas* señala: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.” Por su parte, los *Principios de Bangalore* señalan: “La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión.” Sobre la aplicación de este principio los *Principios de*

⁵⁷⁵ Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrs. 55 y 56.

⁵⁷⁶ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 171. En el caso, la Corte IDH concluyó que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de la víctima del caso, no reunieron la exigencia de imparcialidad, por haber sido los mismos que conocieron de un recurso anterior en contra de una sentencia absolutoria, siendo que debieron abstenerse de conocer los recursos interpuestos porque al resolver el recurso de casación contra la primera sentencia absolutoria, que fue anulada, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma.

Bangalore consideran que los jueces deberán “desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio”; garantizarán que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantenga y aumente la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura”. Dentro de lo razonable, un juez deberá comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que sea descalificado para conocer de, o decidir sobre, asuntos; de igual forma no deberá realizar intencionadamente ningún comentario en público “que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso” o que afecte al juicio justo de una persona o asunto. Los jueces deben excusarse para participar en cualquier proceso “en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente”.⁵⁷⁷

De lo expuesto se advierte que la imparcialidad como la independencia tiene dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva trata de apreciar la convicción y el comportamiento personal de un juez en determinado caso que pudiera demostrar animadversión contra el procesado o preferencia respecto de alguna de las partes, mientras que la dimensión objetiva trata de asegurarse de que se reúnen las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto.⁵⁷⁸ Como lo reconoce la jurisprudencia del TEDH:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 de Convenio [Europeo], de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Los citados procesos incluirán, sin ánimo de exhaustividad, situaciones en las que: El juez tenga realmente predisposición o prejuicios para con una parte o posea conocimientos personales sobre los hechos probatorios controvertidos relativos al proceso; El juez haya actuado previamente como abogado o como testigo material en el asunto controvertido; El juez, o algún miembro de su familia, tenga un interés económico en el resultado del asunto sujeto a controversia. Lo anterior teniendo en cuenta que no será necesaria la descalificación de un juez si no puede constituirse otro tribunal para conocer del caso o cuando, por circunstancias urgentes, la no-participación del juez puede producir una denegación de justicia grave (Principio 2).

⁵⁷⁸ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, España, AKAI, 1991, p. 103.

⁵⁷⁹ TEDH, *Caso Dakaras v. Lithuania*, Sentencia de 10 de octubre de 2000, pár. 30; *Caso Piersack*, Sentencia de 1 de octubre de 1982, pár. 30; *Caso De Cubber*, Sentencia de 26 de octubre de 1984, serie A,

Como se destacó, la imparcialidad subjetiva se presume en tanto no exista prueba en contrario.⁵⁸⁰ La imparcialidad objetiva, por su parte, requiere indagar cualquier hecho que ponga en duda la imparcialidad de los jueces e incluso las apariencias de imparcialidad deben considerarse. El TEDH sigue en este punto la denominada "teoría de las apariencias" por la cual no basta con que un juez sea imparcial sino que debe también parecerlo.⁵⁸¹ En este sentido, los jueces no sólo deben satisfacer criterios objetivos de imparcialidad, sino que además ésta debe percibirse como tal; la cuestión de fondo es la confianza que deben inspirar los tribunales a las personas que recurren a ellos en una sociedad democrática. Como subraya la jurisprudencia del TEDH:

En cuanto a la prueba objetiva, consiste en determinar si, con independencia del comportamiento personal del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Está en juego la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en los justiciables y especialmente en los procesados. Por ello, debe recusarse a todo Juez del que pueda legítimamente sospecharse una falta de imparcialidad. A la hora de pronunciarse sobre la existencia, en un asunto determinado, de una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un Juez, debe considerarse la opinión del acusado aunque ésta no tenga un peso decisivo. El elemento determinante es si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados.⁵⁸²

núm. 86, párr. 21; *Caso Perote v. España*, Sentencia 25 de julio de 2002, párr. 43; *Caso Hauschildt v. Dinamarca*, Sentencia de 24 de mayo de 1989 y *Caso Toman v. Suiza*, Sentencia de 10 de junio de 1996.

⁵⁸⁰ TEDH, *Caso Hauschildt v. Dinamarca*, Sentencia de 24 de mayo de 1989, serie A, núm. 154, pág. 21, párr. 47.

⁵⁸¹ Sobre la doctrina del TEDH, véanse: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Temas Escogidos", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.) *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2001, p. 529; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, España, AKAL, 1991, p. 103; ESPARZA, Iñaki y José Francisco Etxeberria, "Derecho a un proceso equitativo" en AA.VV., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dirigido por Iñaki Lasagabaster Herrarte, Madrid, Civitas, 2004, pp. 146-226; GARCÍA ROCA, Javier y José Miguel Vidal Zapatero, "El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia" en AA.VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 365-407 y CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 282-286.

⁵⁸² TEDH, *Caso Castillo Algar v. España*, Sentencia 28 de octubre de 1998, párr., 44 y 45. En el mismo sentido, *Caso Incal v. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 1998, párr. 65 y *Caso Findlay v. el Reino Unido*, Sentencia de 25 de febrero de 1997, párr. 73.

Respecto a las medidas necesarias para garantizar la imparcialidad judicial, en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* (en que se cuestionó la imposibilidad de recusar, por no estar permitidas por ley, a los miembros de la Comisión que fungió como órgano disciplinario judicial y determinó la destitución de las víctimas como jueces), la Corte IDH, considerando que la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial, declaró que el Estado no garantizó el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pues si bien no existía evidencia de que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, sí quedó demostrado que la legislación y jurisprudencia nacionales les impidieron a las víctimas solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada. Dicho de otro modo, si bien no quedó demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sí la falta de garantía del mismo por la disposición legal que prohibía la recusación.⁵⁸³

e) Garantías procesales mínimas del debido proceso

Dado el amplio alcance del derecho al debido proceso que se proyecta tanto en materia penal como civil, constitucional, administrativa, y cualquier otra que implique la determinación de derechos y obligaciones, en este apartado se destacan solamente algunos de los principios generales aplicables a todo proceso que inciden directamente en la dinámica judicial y pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado por actos de sus órganos judiciales o por una indebida garantía legal: i) El derecho de acceso a un tribunal; ii) Principio de igualdad de armas, el principio de contradictorio y el derecho a contar con procesos equitativos; iii) El principio de plazo razonable; iv) El principio de

⁵⁸³ La Corte señaló que la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párrs. 57-67.

publicidad en los procesos; v) Debida motivación de las determinaciones judiciales; vi) El deber de ejecución de las sentencias; y vii) El derecho a la doble instancia (derecho a recurrir el fallo en materia penal).

i) El derecho de acceso a un tribunal

Como lo recuerda Daniel O'Donnell, la esencia del derecho a un debido proceso es el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."⁵⁸⁴ El respeto cabal de este derecho, entendido en el contexto del deber general de respeto y garantía, supone el cumplimiento por parte del Estado de una serie de obligaciones positivas que van desde la adecuación del ordenamiento interno a los estándares internacionales hasta la aplicación efectiva de los mismos y la modificación de prácticas judiciales que puedan restringir o hacer inefectivos los recursos judiciales.⁵⁸⁵ Este derecho es precondition del resto de garantías procesales.

Siguiendo un criterio bien consolidado, expresado reiteradamente en la jurisprudencia internacional, el principio según el cual una diferencia jurídica debe ser sometida a un juez se encuentra entre los principios fundamentales del Derecho universalmente reconocidos, como también lo está el que prohíbe la denegación de

⁵⁸⁴ O'DONNELL, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 349.

⁵⁸⁵ Al respecto, como recuerda Víctor Manuel Rojas Amandi, el derecho de acceso a la justicia es el presupuesto de otras garantías procesales que lo complementan, entre las que se encuentran: organizar la legislación procesal, de tal forma que, los órganos de decisión queden obligados al cumplimiento de las máximas procesales de jurisdicción independiente e imparcial; de contar con un proceso limpio; de publicidad del proceso; de derecho de audiencia; de simplicidad; de rapidez; y de que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas para defender sus derechos en el juicio. Además, los particulares deben contar con una decisión fundada y motivada y en caso de que los Estados cuenten con tribunales de apelación o de casación, estos se encuentran obligados a asegurar que en los procedimientos de segunda instancia se sigan las garantías judiciales básicas. En consecuencia cumplen con sus obligaciones internacionales, en esta materia de dos formas: "Por una parte, sus respectivos órganos legislativos deben cuidar que en sus leyes en materia de enjuiciamiento [...] se encuentren previstos los instrumentos procesales necesarios con el fin de hacer posible el cumplimiento de dicha normativa. Por otra parte, los órganos judiciales deben aplicar efectivamente dichas máximas y principios procesales en los juicios que conozcan." ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "El Derecho a los Tribunales en los Litigios de Carácter Civil en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", op. cit., pp. 339-340.

justicia.⁵⁸⁶ En este sentido, el derecho a un debido proceso debe ser interpretado a la luz de tales principios. Pues es inconcebible la posibilidad de disfrutar de las garantías judiciales cuando se hace imposible el acceso a un tribunal.⁵⁸⁷

El derecho de acceso a un juez o tribunal constituye la puerta de entrada al proceso judicial y, por tanto su importancia es evidente y debe ser garantizado contra todo obstáculo de hecho o de derecho que se oponga.⁵⁸⁸ La Corte IDH ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de “comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos, e independientemente del estatus migratorio de los enjuiciantes.⁵⁸⁹ Asimismo, las garantías del debido proceso implican “el deber estatal de

⁵⁸⁶ Cfr. TEDH, *Caso Golder c. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1975, pár. 35.

⁵⁸⁷ El TEDH, en una manifestación clara de interpretación teleológica del artículo 6 del Convenio reconoció el derecho de acceso a la justicia, aun cuando este no está expresamente formulado en el texto del Convenio. Así, en el citado *Caso Golder c. Reino Unido*, respecto a si dicho precepto garantizaba exclusivamente el derecho a un juicio equitativo o si además reconocía un derecho amplio de acceso a los tribunales, el Tribunal constato: "Si este texto se limitase a referirse exclusivamente al desarrollo de una instancia ya iniciada ante un tribunal, un Estado contratante podría, sin infringirlo, suprimir sus jurisdicciones o sustraer a su competencia el arreglo de ciertas categorías de controversias de carácter civil para confiarla a órganos dependientes del Gobierno. Semejantes hipótesis, inseparables de un riesgo de arbitrariedad, conducirían a consecuencias graves contrarias a dichos principios y que el Tribunal no podría perder de vista." Por ello, en opinión del Tribunal "no se puede entender que el artículo 6, párrafo 1, describa en detalle las garantías procesales consagradas a favor de las partes en un proceso pendiente y no proteja en primer término aquello que es necesario para gozar de dichas garantías: el acceso al juez. La equidad, la publicidad y la celeridad del proceso judicial no tienen ningún valor si no existe un proceso." Este criterio constante del Tribunal hace que el derecho de acceso a un tribunal constituya, en palabras del profesor Pastor Ridruejo, "un elemento inherente al derecho al juicio equitativo, un elemento primordial del mismo." Cfr. PASTOR, J. A., "La Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos", *op. cit.*, p. 526.

⁵⁸⁸ El TEDH consideró, respecto de la negativa del Ministerio del Interior Británico para que el señor Golder (que se encontraba en prisión) pudiera consultar a un abogado con la finalidad de iniciar una causa judicial contra un funcionario de la cárcel, que un obstáculo de facto puede infringir el Convenio Europeo tanto como un obstáculo jurídico. *Caso Golder*, Sentencia de 21 de febrero de 1975, pár. 26.

⁵⁸⁹ *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, pár. 196; *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. En la OC-18/03, la Corte IDH precisa que “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio” (pár. 107). En la OC-21/14 enfatizó que en el caso de niñas y niños migrantes, el ejercicio del debido proceso y sus correlativas garantías “supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en

garantizar que las víctimas o sus familiares tengan “amplias posibilidades de ser oídos” “en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”.⁵⁹⁰ De la misma forma, la Corte IDH ha interpretado que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.⁵⁹¹

No obstante la importancia del derecho de acceso a la justicia, éste no es un derecho absoluto sino que se presta a ciertas limitaciones implícitamente admitidas y puede ser limitado al cumplimiento de ciertos requisitos siempre que no sean excesivos ni desproporcionados (p.e. limitaciones por incapacidad mental, minoría de edad, entre otras).

En opinión del TEDH el derecho de acceder a un tribunal puede ser materia de reglamentación, en especial en lo que se refiere a las condiciones de admisibilidad de un recurso, pues, por su propia naturaleza requiere de la regulación por parte del Estado, el cual goza, a este respecto, de libertad de configuración. Sin embargo, estas limitaciones no pueden restringir el acceso abierto a un justiciable de manera o hasta tal punto que su derecho a un tribunal se encuentre violado en su esencia. Por tanto, la efectividad del derecho de acceso exige que una persona goce de una posibilidad clara y concreta de

condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten” (párr. 115). Respecto a los derechos de personas no nacionales, la Corte IDH ha señalado que la posibilidad de una persona detenida de comunicarse con un funcionario consular de su país, salvedad hecha del caso de las personas solicitantes de asilo, refugiadas u otras personas beneficiarias de protección internacional, “se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad” (Entre otros, OC-21/14, párr. 203).

⁵⁹⁰ Entre otros, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 176 y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 217.

⁵⁹¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184.

impugnar un acto que constituye una injerencia en sus derechos. En este sentido, el artículo 6.1 del Convenio Europeo obliga a los Estados contratantes a organizar sus administraciones de justicia de tal manera que puedan cumplir las exigencias de dicha disposición. Por tanto, si las autoridades nacionales competentes poseen cierto margen de apreciación, las posibles limitaciones no deben alcanzar al derecho en su contenido esencial; deben tender hacia un fin legítimo y respetar el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines de la norma.⁵⁹²

Por su parte la Corte IDH ha reiterado que el artículo 8.1 de la CADH "consagra el derecho de acceso a la justicia" y en consecuencia

los Estados no deben interponer trabas a las personas que acuden a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.⁵⁹³

La Corte IDH, en el *Caso Cantos vs. Argentina*, precisó que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva, "también se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio".⁵⁹⁴

La Corte IDH también ha precisado el alcance formal y material del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la CADH:

Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.

⁵⁹² TEDH, *Caso Brualla Gómez de la Torre c. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1997, pár. 33; en el mismo sentido, *Caso Immobiliare Saffi v. Italia*, Sentencia de 28 de julio de 1999; *Caso Fayed v. Reino Unido*, Sentencia de 21 de septiembre de 1994.

⁵⁹³ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 50.

⁵⁹⁴ *Ídem*, párr. 55.

Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido.⁵⁹⁵

Sobre esta base, la Corte IDH, en el *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*, determinó la violación del ámbito material del derecho a ser oído en perjuicio de 539 personas porque el procedimiento administrativo que interpusieron resultó inefectivo al realizar un examen incompleto del fondo de las peticiones alegadas, pues era necesario que el órgano encargado de resolver las peticiones pudiera analizar de forma completa la materia de la controversia, lo que incluye la valoración de todos los alegatos de los peticionarios.⁵⁹⁶ Lo anterior no implica que se deba dar la razón a los enjuiciantes, pues como lo ha expuesto el TEDH –y retomado la Corte IDH– “la exigencia de que una persona ‘sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial’ es equiparable al derecho a un ‘juicio’ o a ‘procedimientos judiciales justos’ [lo cual supone] que el órgano encargado de administrar justicia efectúe ‘un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión’”.⁵⁹⁷

De esta forma, si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, “lo cierto es que estas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.”⁵⁹⁸

En este aspecto, el derecho de acceso se relaciona con la efectividad de los recursos judiciales internos, considerando, no obstante, que el requisito de que la decisión sea razonada, “no es equivalente a que haya un análisis sobre el fondo del asunto”, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso o la violación del derecho de acceso a un tribunal, pues la existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un

⁵⁹⁵ Entre otros, *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párrs. 73 y 75; *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 72.

⁵⁹⁶ *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*, Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrs. 136 y 142.

⁵⁹⁷ TEDH, *Kraska v. Switzerland*. Judgment of 19 April 1993, Series A No. 254-B. App. No. 13942/88, para. 30, cit., en *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, pár. 121.

⁵⁹⁸ *Idem.*, párr. 54.

juicio o recurso resultan compatibles con la CADH⁵⁹⁹ y “la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos”.⁶⁰⁰ En este sentido, independientemente de si la autoridad judicial declara infundado el reclamo de quien interpone el recurso, “el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos previstos en la Convención, la Constitución o las leyes”.⁶⁰¹

Finalmente, el derecho de acceso a un tribunal implica también el derecho a una decisión definitiva y motivada, y el derecho a su ejecución. Así el TEDH ha considerado que el artículo 6.1 del Convenio “obliga a los tribunales a motivar sus decisiones”, aunque ese hecho no suponga “una respuesta detallada a cada una de las alegaciones” pues el alcance de ese deber “puede variar dependiendo de la naturaleza de la resolución.” Asimismo, en virtud el principio de seguridad jurídica, el derecho de acceso a un tribunal supone la solución definitiva de un litigio, que puede verse vulnerada, entre otros supuestos, cuando existe “una interpretación excesivamente rigurosa” por parte de los tribunales nacionales de normas procesales (p.e. normas relativas a los plazos para recurrir una decisión judicial) que impiden a los individuos el acceso a un recurso judicial.⁶⁰²

Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo

⁵⁹⁹ Al respecto la Corte IDH ha dicho: “[...] Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado”. *Cfr. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 126.

⁶⁰⁰ *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, pár. 94.

⁶⁰¹ *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, pár. 101 y *Caso Cantos vs. Argentina*, Sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 52.

⁶⁰² Entre otros, TEDH, *Caso Hiro Balani c. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, pár. 27; *Caso Van de Hurk c. Holanda*, Sentencia de 19 de abril de 1994, p. 20-61. *Caso Miragall Escolano y otros c. España*, Sentencia de 25 de enero de 2000, pár. 38. *Cfr.* SUDRE, Frédéric, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GOUTTENOIRE, Adeline, LEVINET, Michel, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2a ed., Thémis, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 212-221.

razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables.⁶⁰³

En este contexto, cobra importancia también la perspectiva intercultural en la interpretación de las normas internacionales. Así, por ejemplo, el *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso al a justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*⁶⁰⁴ señala que la interculturalidad “debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre funcionarios del Estado y los indígenas”.⁶⁰⁵

Como lo expuso el otrora juez interamericano Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente a la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, el tribunal no debe “prescindir del examen profundo de las cuestiones que se le proponen”, por lo que, en casos que involucran grupos indígenas o étnicos, la Corte IDH ha considerado los derechos de los individuos, miembros de tales comunidades, “dentro de su marco necesario, característico, sustancial: los derechos colectivos de las comunidades a las que aquéllos pertenecen, su cultura –que les confiere una ‘identidad cultural’ a la que tienen derecho y que incide en su individualidad y desarrollo personal y social–, sus costumbres y usos que concurren a integrar un punto de referencia que la Corte necesita para entender y resolver los casos que se le plantean”. Sería infructuoso –destaca el juez mexicano– y

⁶⁰³ Entre otros, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 66.

⁶⁰⁴ Aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Chile en abril 2014, entre cuyos objetivos está “propiciar el diálogo entre cortes en la región, en la medida en que retoma sentencias y buenas prácticas que muestran cómo se están protegiendo los derechos de personas y colectivos en tribunales internacionales y en los poderes judiciales de la región”.

⁶⁰⁵ Al respecto el *Protocolo Interamericano* destaca entre las consideraciones que deben hacer las y los juzgadores, las siguientes: a) Allegarse todos los datos que le permitan comprender la lógica jurídica indígena, prevaleciendo el diálogo y el respeto a la diversidad cultural; b) Tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo; c) Hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades, y d) Consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo.”

conduciría a conclusiones equivocadas extraer los casos individuales del contexto en el que se presentan. “Analizar aquéllos en su propia circunstancia –en el más amplio sentido de la expresión; actual e histórica– no sólo aporta datos de hecho para entender los acontecimientos, sino datos de derecho –a través de las referencias culturales– para establecer su carácter jurídico y sus implicaciones de la misma naturaleza.”⁶⁰⁶

En términos generales, no es posible “considerar los derechos en abstracto, como fórmulas vacías, neutrales, incoloras, provistas para conducir la vida de ciudadanos imaginarios, perfilados por los textos y no por las condiciones de la realidad estricta”, de que lo que se trata –señala el juez y expresidente de la Corte IDH– “es de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. En consecuencia, es preciso ver la forma en que ese favorecimiento debe presentarse, conforme a las condiciones específicas en que se hallan quienes son titulares en concreto de derechos que no deben analizarse en abstracto”.⁶⁰⁷

ii) Principio de igualdad de armas, el principio de contradictorio y el derecho a contar con procesos equitativos

Es un principio general del DIDH que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados sin discriminación alguna. Al respecto, la Corte IDH considera que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación y por tanto, todo tratamiento discriminatorio (esto es, toda distinción que carece de justificación objetiva y razonable) respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados. Tales normas se consideran normas imperativas del derecho internacional y por tanto se proyectan al conjunto de obligaciones impuestas por el DIDH.⁶⁰⁸

606 Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párrs. 6 y 7.

607 *Ídem*, párrs. 29 y 30.

608 Para la Corte IDH: “El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos [...] el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e

En consecuencia, el derecho al debido proceso legal forma parte de las garantías mínimas que se deben brindar a toda persona sin discriminación alguna, en virtud de que "[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna."⁶⁰⁹ Esta noción amplia del principio de igualdad se proyecta sobre el derecho de acceso a un tribunal y debe ser respetado y garantizado también durante el juicio (principio de igualdad de armas), esto es durante todas las etapas previas al proceso (v. gr. en la conducción de la investigación o en el modo de aplicación de la ley), durante el mismo, y, en su caso, en la ejecución de la determinación que corresponda. En definitiva "el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real".⁶¹⁰ Al respecto, la Corte IDH ha reiterado:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.⁶¹¹

El principio de igualdad de armas es uno de los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal, dado que, como lo ha destacado la CIDH, durante el proceso, es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. Al respecto, la Comisión ha destacado que "puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea

internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 100 y 101.

⁶⁰⁹ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 122.

⁶¹⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 126.

⁶¹¹ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999, Serie A No. 16, párrs. 117 y 119; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 97 y 115; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 121; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 66.

necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente prescritas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo”, ello considerando “la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación”.⁶¹²

Para el profesor Pastor Ridruejo, el principio de igualdad de armas "significa que toda persona parte en un procedimiento judicial debe tener una oportunidad razonable de presentar un caso al tribunal en condiciones que no lo coloquen en situaciones de desventaja sustancial respecto de su adversario."⁶¹³

El respeto y la vigilancia del cumplimiento del principio de igualdad de armas está principalmente en manos de los jueces nacionales y son ellos los que generalmente vulneran este principio. Por ello ha de tenerse en cuenta el respeto del mismo en todas las etapas del procedimiento. No obstante, siempre que se guarden el equilibrio procesal, los tribunales no se encuentran obligados a considerar todas las cuestiones que los litigantes estimen de importancia para la decisión si no se han respetado las formas y los tiempos procesales, en virtud de que "la observancia de términos, formas y demás condiciones para el ejercicio del derecho de igualdad de armas son reconocidos como límites formales de este derecho. Además el derecho de igualdad de armas se puede perder mediante renuncia o caducidad."⁶¹⁴

El Comité de Derechos Humanos considera que el derecho a la igualdad ante los tribunales garantiza “los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación

⁶¹² CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, párrs. 185-189.

⁶¹³ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos", *op. cit.*, p. 531.

⁶¹⁴ Cfr. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "El Derecho a los Tribunales en los Litigios de Carácter Civil en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", *op. cit.*, p. 348.

alguna”.⁶¹⁵ Asimismo, sobre el principio contradictorio de la igualdad de las partes en el proceso, el Comité ha hecho hincapié en que "el requisito de la igualdad de armas [y] el respeto del juicio contradictorio" son elementos intrínsecos del debido proceso, aplicables a todo proceso judicial.⁶¹⁶ Si bien no siempre existe una distinción muy clara entre el principio de igualdad de armas y el principio de contradictorio es posible señalar algunas diferencias destacadas por la práctica internacional. Para la Corte IDH en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”.⁶¹⁷

Por su parte, el TEDH ha considerado al derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas como elementos de la noción más amplia del debido proceso, y señalado la importancia que se atribuye a las apariencias y a la mayor sensibilidad del público ante las garantías de una adecuada administración de justicia. En este contexto, el principio de igualdad de armas supone el derecho de cada parte de contar con una posibilidad razonable de presentar su causa –incluidas las pruebas– en condiciones tales que no la coloquen en una posición de desventaja frente a la contraparte. Este justo equilibrio entre las partes debe ser garantizado a lo largo del proceso por las autoridades nacionales y todo desequilibrio de los derechos reconocidos a las partes constituye un atentado a este principio.⁶¹⁸

Por su parte, el derecho a un proceso contradictorio (cuyas exigencias, al igual que las del principio de igualdad de armas, son aplicables tanto en materia penal como civil, constitucional, administrativa y disciplinaria) pretende ante todo preservar no sólo los intereses de las partes, sino también los de una buena administración de justicia. En este sentido, la noción de proceso equitativo implica también, en principio, el derecho de cada una de las partes en el proceso no solamente de conocer los elementos que son necesarios para contribuir al éxito de sus pretensiones, sino también a conocer y discutir cualquier

⁶¹⁵ Observación General No. 31, *cit.*, párr. 8.

⁶¹⁶ Comité de Derechos Humanos, Casos *Moralet c. Francia* (1989), párr. 9.3; *Wolf c. Panamá* (1992), párr. 6.6. *Cit.* en O'DONNELL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 426.

⁶¹⁷ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178.

⁶¹⁸ Entre otros, TEDH; *Caso Ruiz Mateos c. España*, Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 63; *Caso Borgers c. Bélgica*, Sentencia de 30 de octubre de 1991, párr. 24; *Caso Dombo Beheer c. Los Países Bajos*, Sentencia de 27 de octubre de 1993. *Cfr.* SUDRE, Frédéric, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 239.

elemento de prueba u observación presentada ante el juez con el fin de influir en su decisión. El principio de contradictorio supone el derecho de las partes a participar de forma adecuada en el procedimiento ante el tribunal, pues de la garantía de poder expresarse acerca de cualquier parte del expediente depende la confianza de los justiciables en el funcionamiento de la administración de justicia.⁶¹⁹

iii) El principio de plazo razonable

El derecho a ser juzgado "sin dilaciones indebidas" o "dentro de un plazo razonable" es un principio general del derecho bien establecido y una más de las exigencias de un juicio justo. "Justicia retardada es justicia denegada" dice una máxima bien conocida.⁶²⁰ Como recuerda Amnistía Internacional el derecho a ser juzgado con prontitud encierra el principio según el cual no se hace justicia cuando la justicia se demora. En este sentido, las autoridades están obligadas "a garantizar que todas las etapas del proceso, incluidas las diligencias preliminares y el juicio, así como los recursos y apelaciones, se completen, y los fallos se dicten, dentro de un plazo razonable."⁶²¹ El derecho a "un plazo razonable" es un derecho autónomo y no implica necesariamente celeridad en sentido estricto sino que la justicia se administre "sin dilaciones indebidas".⁶²²

La "razonabilidad" de la duración de un procedimiento judicial es un concepto jurídico indefinido o indeterminado, por tanto, el carácter razonable de un plazo no puede establecerse de una manera general, sino que, por el contrario, es necesario determinarlo a la vista del caso concreto y de las particularidades del mismo, considerando que se trata de una obligación compleja de resultado (sin demoras indebidas) y de comportamiento (debida diligencia). El TEDH ha considerado tres circunstancias para definir el carácter razonable de un caso: a) la complejidad del asunto, b) el comportamiento del requirente, y c) el

⁶¹⁹ Entre otros, TEDH, *Caso Nideröst-Huber c. Suiza* (Sentencia de 18 de febrero de 1997, párrs. 23-31; *Caso Ruiz Mateos c. España*, Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 63; *Caso Mantovanelli c. Francia*, Sentencia de 18 de marzo de 1997; *Caso Kress c. Francia*, Sentencia de 7 de junio de 2001 Cfr. SUDRE, Frédéric, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 243.

⁶²⁰ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Debido Proceso...*, op. cit., pp. 65-67.

⁶²¹ Amnistía Internacional, *Manual Juicios Justos*, op. cit., pp. 104-105.

⁶²² SALADO Osuna, Ana, "El 'plazo razonable' en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos" en AA.VV., *La Europa de los Derechos...*, op. cit., p. 313.

comportamiento de las autoridades competentes.⁶²³ A estos hay que agregar los intereses en juego para el demandante y las eventuales circunstancias particulares que puedan justificar una dilación.⁶²⁴

En el mismo sentido, como recuerda José Carlos Remotti, la Corte IDH considera que no siempre es posible para las autoridades cumplir con los plazos legalmente establecidos y, por tanto, ciertos retrasos razonables pueden estar justificados en la medida en que contribuyen a una mejor solución del litigio. Lo que resulta improcedente e incompatible con las previsiones del DIDH "es que se produzcan dilaciones indebidas o arbitrarias, por lo que se debe analizar en cada caso si hay motivos que justifiquen la dilación o si, por el contrario, se trata de un retraso indebido o arbitrario."⁶²⁵

La Corte IDH, para determinar la razonabilidad del plazo del proceso judicial, considera los siguientes elementos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.⁶²⁶ Este último elemento supone que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica de las personas involucradas, el procedimiento debe correr de forma más diligente a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.⁶²⁷

Al respecto, en su jurisprudencia la Corte IDH "ha establecido que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales". Asimismo, ha señalado que el "plazo razonable" se

⁶²³ Algunos de los *leading cases* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre este tema son: *Caso König c. Alemania*, Sentencia del 28 de junio de 1978; *Caso Zimmermann y Steiner c. Suiza*, Sentencia del 13 de julio de 1983; *Caso Ruiz Mateos c. España*, Sentencia de 23 de junio de 1995; *Caso Guillemin c. Francia*, Sentencia del 21 de febrero de 1997. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, op cit., p. 33; PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos", op. cit., p.527; MORELLO, Augusto, *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1994, pp. 365 y ss.

⁶²⁴ Cfr. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, op. cit., p. 292 y SALADO Osuna, Ana, "El 'plazo razonable' en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos" en AA.VV., *La Europa de los Derechos...*, op. cit., pp. 299-327.

⁶²⁵ REMOTTI, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, España, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 357.

⁶²⁶ Entre otros, *Caso Mévoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013 (*Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) Serie C, 265, párrs. 171 y 172.

⁶²⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El Debido Proceso...*, op. cit., p. 67.

debe apreciar “en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva”; lo que no implica que, en ciertas situaciones particulares, puede ser pertinente una valoración específica de sus distintas etapas.⁶²⁸

Adicionalmente, si bien la Corte IDH ha reconocido que la falta de ejecución de las sentencias tiene “vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos” (a la luz del artículo 25 de la CADH), en ocasiones, como en los casos *Furlan y Familiares vs. Argentina* y *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*, la Corte consideró que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias (por ejemplo, con el fin de realizar efectivamente el cobro de una indemnización) también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de un proceso.⁶²⁹

La complejidad del asunto supone el análisis de una serie de factores que inciden en la determinación del carácter complejo o sencillo de un asunto, tanto en los hechos como en el fundamento de derecho (p.e. legislación novedosa o con criterios contradictorios). Así, el número de participantes, de incidentes o de las diferentes instancias procesales, pueden ser algunos de los factores a considerar lo mismo que la naturaleza del litigio, los problemas jurídicos derivados del mismos, etc. En materia penal, por ejemplo, para determinar si el tiempo que se ha necesitado para completar los procedimientos es razonable dada la complejidad del caso, se toman en cuenta muchos factores, entre ellos: la naturaleza y la gravedad del delito cometido, el número de cargos que se imputan al acusado, la naturaleza

⁶²⁸ Cfr., entre otros, *Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párrs. 100 y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 403.

⁶²⁹ La Corte IDH sigue aquí la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que “los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos”. Dicho Tribunal estableció que las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio Europeo aplican tanto a la primera etapa de los procedimientos como a la segunda. Asimismo, ese Tribunal concluyó que todas las etapas de los procedimientos para determinar derechos y obligaciones civiles, ‘sin excluir etapas subsiguientes a la sentencia de fondo’, deben resolverse en un plazo razonable”. Cfr., entre otros, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 150.

de la investigación que en preciso realizar, el número de personas presuntamente involucradas en el delito y el número de testigos.⁶³⁰

Situaciones de hecho o de derecho interno, sin embargo, no siempre justifican el retardo en la administración de justicia. Así, por ejemplo, el TEDH consideró que el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un procedimiento.⁶³¹ En el mismo sentido, en el ámbito del sistema interamericano, en el *Caso Ricardo Canese c. Paraguay*, frente a los alegatos del Estado en el sentido de que dicho caso pudiera haberse dilatado más allá de los mínimos permitidos en virtud de haberse "regido bajo las formas del viejo proceso" y por tanto, no ser imputable a los órganos del Estado Paraguayo, "que en medio de la crisis [que atravesaba el Estado] han sabido superar dichos problemas e implementar un nuevo modelo penal – sustancial y formal", la Corte IDH consideró, con base en una norma bien asentada en el derecho internacional, que el Estado no pueden incumplir estas obligaciones convencionales alegando supuestas dificultades de orden interno.⁶³²

En el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* la Corte IDH, al considerar las actuaciones de las partes y el comportamiento de las autoridades competentes, concluyó que la falta de diligencia en la conducción del proceso penal por parte de los jueces con el objeto de esclarecer todos los hechos de la muerte de Myrna Mack Chang y sancionar a todos los responsables, provocó la violación al derecho a un debido proceso. Ello considerando que las acciones de amparo paralizaron el proceso por más de tres años sin que las autoridades judiciales les hayan dado trámite con la debida diligencia, con el fin de que este fuese un recurso rápido y eficaz, y más bien permitieron que se convirtiera en un recurso dilatorio del procedimiento, toda vez que puede ser conocido hasta por cuatro diferentes instancias, dado que la propia ley obliga a los tribunales de amparo a dar trámite y resolver todo recurso de amparo que sea interpuesto contra cualquier autoridad judicial por cualquier acto procesal, aunque este sea "manifiestamente improcedente". La Corte IDH señaló que "el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que

⁶³⁰ Cfr. Amnistía Internacional *Manual sobre Juicios Justos*, op. cit., p. 105.

⁶³¹ Entre otras *Caso Unión Alimentaria Sanders c. España*, Sentencia de 7 de julio de 1989, pár. 40.

⁶³² *Caso Ricardo Canese c. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 147 y 148.

pueden tener efectos dilatorios [...] El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos [...] los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones."⁶³³

En general, se distinguen, al menos, tres situaciones en que ha de considerarse el principio del plazo razonable en los procesos internos: el primero referido al derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (art. 7.5. de la CADH); el derecho genérico de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (art. 8.1. de la CADH); y el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales (art. 25 del a CADH). En todos estos supuestos se aplican criterios de razonabilidad que varían dependiendo las circunstancias y el supuesto.⁶³⁴

633 *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrs. 204-211.

634 Como recuerda el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado a la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, las "exigencias de observar un plazo razonable para la solución de las controversias vinculadas al tema de los derechos humanos tiene varias proyecciones dentro de este mismos marco. En una primera hipótesis, se aplica al tiempo para el desarrollo de un proceso contra cualquier persona para impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente ["el principio de 'plazo razonable' al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH]". Una segunda hipótesis, "se asocia a la petición de justicia en el fuero interno antes de recurrir a la tutela internacional, como resulta de la posibilidad de que la Comisión Interamericana admita una queja aunque no se hubiesen agotado previamente los recursos de jurisdicción nacional, cuando "haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos" [artículo 46.2.c de la CADH], y finalmente, "[u]n supuesto más para la vigencia del principio de razonabilidad en cuanto al tiempo, siempre a favor de la tutela efectiva de los derechos humanos y de la realización eficaz de las consecuencias que esa tutela trae consigo, se presenta a propósito del procedimiento, en amplio sentido, que el Estado debe desarrollar contra los responsables de hechos violatorios de derechos fundamentales, para dar cumplimiento al [...] deber de justicia penal [...] el principio de razonabilidad, con sus naturales referencias temporales, no sólo abarca el proceso en contra de una persona cualquiera, sino también el procedimiento para atender la obligación de justicia

iv) El principio de publicidad

El principio de publicidad del proceso como elemento esencial de las garantías judiciales está consagrado en diversos instrumentos internacionales y cuenta con amplio respaldo jurisprudencial, en especial tratándose de procesos penales.⁶³⁵ No obstante, no se trata de un derecho absoluto y los propios instrumentos reconocen ciertas excepciones a la aplicación del principio. La CADH, por ejemplo, reconoce el derecho a un proceso público "salvo, en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia", excepción que como señala Daniel O'Donnell resulta "bastante amplia y nebulosa".⁶³⁶

La publicidad en los procesos constituye una garantía de seguridad para los individuos (dimensión subjetiva) pero también para la sociedad (dimensión objetiva). En opinión de Amnistía Internacional: "El público tiene derecho a saber cómo se administra la justicia y qué decisiones toma el poder judicial."⁶³⁷

penal que trae consigo una sentencia de reparaciones." Corte IDH, *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 38-40.

⁶³⁵ Entre ellos, Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10 y 11.1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1); en la Declaración Americana (art. XXVI) y Convención Americanas (art. 8.5) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1)

⁶³⁶ O'DONNELL, D, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 383. De forma más específica, el Pacto Internacional considera que la prensa y el público "podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores." El Convenio Europeo, por su parte, considera que la sentencia "debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria para el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia."

⁶³⁷ *Manual sobre Juicios Justos*, op. cit., p. 91. Amnistía Internacional recuerda que del derecho a que los juicios sean públicos dependen las personas que asisten como observadores a los procesos judiciales. El derecho de los observadores a 'asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables' está expresamente incluido como derecho en la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1998."

Sobre este principio, el TEDH considera que la publicidad del procedimiento tiene una doble finalidad al proteger, por un lado, a las partes contra una justicia secreta que escape al control público y, por el otro, constituir uno de los medios para preservar la confianza en los jueces y tribunales. En este sentido la transparencia de la administración de justicia es una garantía fundamental en toda sociedad democrática.⁶³⁸ Así el tema de la publicidad tiene una doble vertiente o dimensión: por una parte, se refiere al derecho a un juicio celebrado con debates públicos; y por la otra parte, aparece en el derecho al pronunciamiento público de la sentencia.⁶³⁹ En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha considerado que el derecho a que los debates sean realizados en público es un derecho que constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo, dado que es una eficaz forma de evitar la arbitrariedad en la aplicación de la ley, o al menos, de poder controlarla. Por ello, el derecho a que los debates sean públicos, no sólo se refiere a que de esa forma el acusado puede estar presente en los mismos, sino que, aun con presencia del acusado, es necesario que los debates se celebren en público.⁶⁴⁰

Además, conforme a la jurisprudencia del TEDH, las partes pueden renunciar su derecho a una audiencia pública siempre que dicha renuncia se haga de forma inequívoca y no sea contraria a ningún interés público importante. La renuncia puede hacerse de forma expresa o tácita, y en ocasiones puede estar implícita en ausencia de solicitud para su realización; sin embargo, la presunción es a favor de la publicidad en las audiencias y, al menos que exista una renuncia, las excepciones permitidas deben ser justificadas como necesarias y proporcionales. El principio de publicidad no se aplica estrictamente a las audiencias en apelación cuando estas son sobre cuestiones de derecho y se han respetado la publicidad en las audiencias en primera instancia. Si la apelación conoce de los hechos, entonces los debates y las pruebas deben realizarse en público. Sobre el derecho a un pronunciamiento público de la sentencia, el TEDH ha considerado que no es necesario que las resoluciones sean leídas públicamente en su integridad, es suficiente con que se hagan

⁶³⁸ TEDH; *Caso Pretto y otros c. Italia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1983, pár. 21. Sobre el tema, véase VIDAL Zapatero, José Miguel, “El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (Art. 6.1 CEDH)” en AA. VV., *La Europa de los Derechos ...*, op. cit., pp. 329-364.

⁶³⁹ BARJA DE QUIROGA, J., *EL Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, op. cit., p. 112.

⁶⁴⁰ *Ídem*.

de conocimiento público, depositando una copia en los archivos del tribunal poniéndola a disposición del público.⁶⁴¹

En el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH ha destacado que “una de las principales características que debe reunir el proceso penal durante su sustanciación es su carácter de público” lo cual constituye un “elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”. Para la Corte IDH, siguiendo a su par europea,

La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros.⁶⁴²

Sobre esta base la Corte IDH en el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* determinó que la disposición legal que establece como regla que en la jurisdicción penal militar el sumario sea secreto, salvo las excepciones establecidas por la ley, “es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente”.⁶⁴³

Asimismo, la Corte IDH se pronunció sobre el alcance de los jueces “sin rostro”, atendiendo al artículo 8.5 de la CADH que establece que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia:

La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incursos en delitos de traición a la patria se desarrollaban con intervención de jueces y fiscales "sin rostro", y se hallaban sujetos a restricciones que los hacían violatorios del debido proceso legal. Entre éstas figura el hecho de que dichos

⁶⁴¹ Entre otros TEDH, *Caso Hakansson c. Suecia*, Sentencia de 21 de febrero de 1990; *Caso Shuler-Zraggen c. Suiza*, Sentencia de 24 de junio de 1993; *Caso Pretto y otros c. Italia*, Sentencia de 8 diciembre de 1983; *Caso Axen c. Alemania*, Sentencia de 8 de diciembre de 1983. Cfr. VIDAL Zapatero, “El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (Art. 6.1 CEDH)” en AA. VV., *La Europa de los Derechos ...*, op. cit., pp. 329-364.

⁶⁴² *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 166-168. La Corte menciona los siguientes precedentes del TEDH: *Osinger v. Austria*, no. 54645/00, § 44, 24 March 2005; *Riepan v. Austria*, no. 35115/97, § 40, ECHR 2000-XII; y *Tierce and Others v. San Marino*, nos. 24954/94, 24971/94 and 24972/94, § 88, ECHR 2000-IX.

⁶⁴³ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, pár. 170.

procesos se realizaron en un recinto militar, al que no tuvo acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento fueron desahogadas todas las diligencias del proceso, incluso la audiencia de fondo. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención.⁶⁴⁴

Finalmente, hay que reiterar que el derecho de toda persona a ser oída públicamente, como otros principios que integran el debido proceso, conlleva obligaciones positivas para los Estados a fin de que, por un lado, adecuen la legislación procesal interna y, por el otro, se aseguren que las prácticas judiciales respetan dicha publicidad (la publicidad de la publicidad). Como lo destaca el Comité de Derechos Humanos, los tribunales “deben facilitar al público información acerca de la fecha y lugar de la vista oral y disponer medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral.”⁶⁴⁵ Al respecto, como señala Josep Casadevall, las sentencias deben ser públicas y ello supone que toda persona interesada ha de poder consultar el texto íntegro”.⁶⁴⁶ Ello contribuye no sólo a la transparencia y a la rendición de cuentas, a través de un lenguaje claro y debidamente argumentado, sino también propicia el diálogo interjudicial al posibilitar que otras instancias consulten las decisiones de los tribunales de justicia.

v) Debida motivación de las determinaciones judiciales

Como apunta Amnistía Internacional, en el derecho a una sentencia pública se interpreta como implícito el requisito de que los tribunales fundamenten la sentencia. Asimismo, el derecho a una sentencia razonada es fundamental para el derecho a apelar contra ella.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 198; *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 146 y 147; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 172. En el *Caso Lori Berenson*, la Corte IDH consideró que los procesos ante el fuero ordinario “se realizaron ante jueces con identidad conocida, en un recinto al que tuvo acceso el público. Las audiencias del juicio oral fueron transmitidas a través de los medios de comunicación. Así, en el fuero ordinario se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado en el artículo 8.5 de la Convención.” Párr. 200.

⁶⁴⁵ *Observación General No. 32*, cit., p. 28.

⁶⁴⁶ CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, op. cit., p. 298.

⁶⁴⁷ Amnistía Internacional, *Manual de Juicios Justos*, op cit., p. 124.

Al respecto, el deber de motivación de las determinaciones que afecten los derechos humanos ha sido destacado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacional como un deber esencial.⁶⁴⁸

La jurisprudencia del TEDH refleja un principio ligado a la buena administración de justicia según el cual los tribunales nacionales deben indicar con claridad suficiente los motivos en que se basan sus decisiones. De esta forma se pueden ejercitar de forma útil los recursos existentes. En opinión del Tribunal el alcance de ese deber puede variar dependiendo la naturaleza de la resolución y deben tenerse en cuenta de manera especial la diversidad de las alegaciones que en justicia puede plantear una de las partes y las diferencias existentes entre los Estados en materia de disposiciones jurídicas, costumbres, concepciones doctrinales, presentación y redacción de sentencias y autos, por lo que la cuestión de si un tribunal incumple con la obligación de motivar sus resoluciones debe analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso en concreto. La brevedad y concisión del razonamiento no es necesariamente incompatible con el deber de motivar y, si bien el artículo 6.1 del Convenio de Roma obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, esto no supone exigir una respuesta detallada a cada una de las alegaciones de las partes.⁶⁴⁹

El cumplimiento de este deber supone que las leyes procesales prevean que las sentencias que pongan fin a los procesos judiciales se formulen por escrito y señalen sus fundamentos legales y motivaciones en que se sustentan; debiendo basarse exclusivamente en la información y en las pruebas respecto de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas y haciéndolas del conocimiento público.⁶⁵⁰ Además el deber de fundamentar y motivar las decisiones judiciales implica, por un lado, que los jueces realicen sus mejores esfuerzos para aplicar e interpretar la normativa de manera independiente y con conocimiento de sus obligaciones derivadas del ordenamiento nacional

⁶⁴⁸ Sobre el tema en general, véase: DE ASIS; Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005; ALISTE Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011; HERNÁNDEZ Marín, R, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005 y AA. VV., *La motivation des décisions des juridictions internationales*, dirigido por Hélène Ruiz Fabri y Jean-Marc Sorel, Paris, Editions A. Pedone, 2008.

⁶⁴⁹ TEDH, *Caso García Ruiz c. España*, Sentencia de 21 de enero de 1999; *Caso Hiro Balani c. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994; *Caso Hadjianastassiou c. Grecia*, Sentencia de 16 de diciembre de 1992. Cfr. ESPARZA, Iñaki y José Francisco Etxeberria, “Derecho a un proceso equitativo”, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁵⁰ Cfr. ROJAS AMANDI, “El Derecho a los Tribunales en los Litigios de Carácter Civil en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, *op. cit.*, pp. 348-349.

e internacional, y por el otro, que las autoridades estatales realicen lo necesario para garantizar su pleno cumplimiento.

Por su parte, la Corte IDH ha reiterado que el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En este sentido, la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” y que el deber de motivar las resoluciones “es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”. Además, el Tribunal ha resaltado que “las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.” La argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos “deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”, dicha argumentación, según el caso, “debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”. La motivación “demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”. Asimismo, la Corte IDH ha precisado que “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha.”⁶⁵¹

Por otro lado, la Corte IDH destaca que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad

⁶⁵¹ Entre otros, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrs. 77-79; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párrs. 152-154 y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, pár. 118.

del procesado”. Así, en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, la Corte IDH consideró que la falta de motivación en las decisiones de la Jueza, respecto del mantenimiento en prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo, y de la negativa a su solicitud de liberación, “impidió que la defensa conociera las razones por la cuales las víctimas permanecían privadas de su libertad y dificultó su tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación o impugnar de mejor manera una prueba de cargo determinante”. Al respecto la Corte IDH destacó que “ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse”.⁶⁵²

Respecto a la debida fundamentación, en su sentencia en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH señaló que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos “deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. En el caso, la Corte señaló que las decisiones del Consejo Supremo Electoral, que implicaban una afectación de los derechos políticos de las personas propuestas por la organización YATAMA como candidatos para participar en elecciones municipales, al no señalar las normas y los requisitos que estaba incumpliendo la organización, y las consecuencias de ello, se afectó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la CADH.⁶⁵³

Finalmente se llama la atención sobre la importancia del deber de motivación y fundamentación de las determinaciones judiciales frente al deber de control de convencionalidad y frente al incremento del diálogo jurisprudencial, en tanto que tanto el control como el diálogo se expresan como argumentos en las sentencias, en la forma en que se interpreta la normativa convencional, el uso del precedente internacional y el recurso al derecho comparado jurisprudencial.

vi) El deber de ejecución de las sentencias

El artículo 25.2.c) de la CADH establece que los Estados se comprometen a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado

⁶⁵² *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 117 y 118.

⁶⁵³ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, párrs. 152, 153 y 164.

procedente el recurso”. A partir de esta cláusula, la Corte IDH ha identificado, como parte de las obligaciones que impone este precepto, la de “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”. Por tanto, “la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales depende de su ejecución.” Esto último, “debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”.⁶⁵⁴

Además, la Corte ha destacado que “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.⁶⁵⁵

La Corte IDH –en diálogo con su par europea–⁶⁵⁶ ha considerado también que la ejecución de las sentencias “debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho” y ha señalado que “para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”. De igual forma, siguiendo también la posición del Consejo Consultivo de Jueces Europeos,⁶⁵⁷ la Corte IDH destacó que “el principio de tutela judicial

⁶⁵⁴ Entre otros, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228, párrs.103-104 y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrs. 209-211.

⁶⁵⁵ *Cfr.*, entre otros, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 263-264; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 63, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184.

⁶⁵⁶ TEDH, *Caso Matheus versus Francia*, n° 62740/01, Sentencia del 31.03.2005, párr. 58; *Caso Sabin Popescu versus Romania*, n° 48102/99, Sentencia del 2.03.2004, párrs. 68 y ss.; *Caso Cocchiarella versus Italia* (GC), n° 64886/01, Sentencia del 29.03.2006, párr. 89; y *Caso Gaglione versus Italia*, n° 45867/07, Sentencia del 21.12.2010, párr. 34.

⁶⁵⁷ Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), Informe No. 13 (2010) “El papel de los jueces en la ejecución de las resoluciones judiciales” Estrasburgo, 19 de noviembre de 2010 CCJE (2010)2 Final. Disponible en <https://wcd.coe.int>.

efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral”. Adicionalmente, “las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia”.⁶⁵⁸ La Corte estima que “en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución”.⁶⁵⁹

Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Corte IDH en el *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador* determinó que “el Estado no cumplió por un período prolongado con una tutela judicial efectiva para ejecutar sus propios fallos internos” luego de nueve años de haberse declarado la inconstitucionalidad de los decretos que ordenaron la disposición y baja del ejército al señor Mejía Idrovo y haberse ordenado por el Tribunal Constitucional la reparación conducente, sin que se haya cumplido tal determinación, siendo que el fallo del Tribunal Constitucional era autoejecutable; lo anterior “generó una violación en perjuicio de la víctima al dejarlo en un estado de indefensión e inseguridad jurídica, que le impidió restablecer debidamente los derechos reclamados y reconocidos por las autoridades competentes”, considerando que a la fecha de la emisión de la sentencia de la Corte IDH todavía no se había cumplido en todos los extremos con lo ordenado en la sentencia de la Corte Constitucional. “Por tanto, el Estado, a través del Poder Judicial y demás autoridades encargadas de hacer ejecutar el fallo, ha incumplido con su deber de garantizar el

⁶⁵⁸ Es decir que su acatamiento sea forzoso y que en caso de que no sean obedecidas voluntariamente, puedan ser exigibles de manera coactiva.

⁶⁵⁹ La Corte Europea ha establecido en el *Caso Immobiliare Saffi versus Italia*: “Si se puede admitir en principio que los Estados intervengan en un procedimiento de ejecución de una decisión de justicia, tal intervención no puede tener como consecuencia práctica que se impida, invalide o retrase de manera excesiva la ejecución en cuestión y menos aún que se cuestione el fondo de la decisión”. Cfr. TEDH, *Caso Immobiliare Saffi versus Italia*, n° 22774/93, Sentencia del 28.07.1999, párr. 74. Cit. en *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228, párrs.106.

acatamiento íntegro de las citadas sentencias, en violación de lo dispuesto en el artículo 25.2.c) de la Convención”.⁶⁶⁰

En el *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, relacionado con el incumplimiento de sentencias emitidas por jueces y tribunales nacionales, incluyendo el Tribunal Constitucional en la vía de acción de amparo, en que se ordenó reintegrar o restituir a trabajadores de la Municipalidad de Lima que habían sido despedidos o cesados de manera injustificada, la Corte IDH determinó improcedente el alegato del Estado de supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de plaza y presupuesto, considerando que “tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello”, siendo que el retraso en la ejecución de la sentencia “no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia” de ahí que “las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias”.⁶⁶¹

Respecto a las consecuencias por el incumplimiento de una sentencia en el ámbito interno, en el *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*, la Corte IDH, no sólo declaró la violación al artículo 25 de la CADH, al no haberse ejecutado las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia dictadas a favor de las víctimas del caso, sino después de casi ocho años de su emisión, sino que también consideró que el Estado, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH, incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado, consistente en el deber de adecuación del ordenamiento interno al internacional y en consecuencia consideró procedente la pretensión de que se lleve a cabo una investigación de manera imparcial y efectiva del prolongado incumplimiento de las sentencias judiciales y ordenó al Estado realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los

⁶⁶⁰ *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Sentencia de 5 de julio de 2011, pár.111.

⁶⁶¹ Entre otros, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párrs. 225.

responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas.⁶⁶²

vii) El derecho a la doble instancia (derecho a recurrir el fallo en materia penal)

Entre los derechos que la CADH reconoce en su artículo 8.2, entre las garantías mínimas del inculpado, está el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, derecho reconocido en materia penal “a toda persona declarada culpable de un delito”, que debe a su vez, respetar las garantías mínimas del debido proceso que sean “relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio”.⁶⁶³ Al respecto, la Corte IDH ha señalado que

el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida”. Asimismo, la Corte IDH ha indicado que “el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un

⁶⁶² Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 141, 167 y 179. En su sentencia la Corte alude a la opinión del Defensor del Pueblo del Perú, en su informe titulado “Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal”, donde señala: “[...] si el cumplimiento de las sentencias queda librado a la discrecionalidad de la Administración, se vulnera la noción misma del Estado de Derecho y se crean condiciones para un régimen de arbitrariedad e imprevisibilidad, contrario a principios constitucionales como la separación de poderes y la autonomía del Poder Judicial. A su vez, se rompe notoriamente el derecho de igualdad que debe asistir a las partes en el proceso, al supeditarse la ejecución de la sentencia judicial a la voluntad de una de éstas, paradójicamente la parte derrotada.” Párr. 137.

⁶⁶³ Entre otros, Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, párrs. 96 y 101. El Comité de DH también ha señalado que el derecho a recurrir un fallo “no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil, ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional” (Observación General No. 32, párr. 46). Si los Estados amplían su ámbito de aplicación y establecen tribunales de apelación en otras materias, sus procedimientos deberán ceñirse a las normas del debido proceso relevantes. Entre otros, TEDH, Caso Brualla Gómez de la Torre c. España, Sentencia de 9 de diciembre de 1997, párr. 37; Caso Delcourt c. Bélgica, Sentencia de 17 de enero de 1970, párrs. 26 y 27.

procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.⁶⁶⁴

La Corte IDH también ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo que supone que “debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada” y debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, “el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”. En ese sentido, la Corte estima que “las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”. Además, “debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”.⁶⁶⁵

En el *Caso Mohamed vs. Argentina*, la Corte IDH determinó que el sistema procesal penal argentino no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria impuesta contra el señor Mohamed, pues los recursos existentes no cumplieron tal propósito, siendo que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena y la aplicación de recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron además un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno. Lo anterior toda vez que la legislación no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez a la

⁶⁶⁴ Entre otros, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, pár. 242.

⁶⁶⁵ *Ídem*, párrs. 243-245.

víctima en segunda instancia, al revocarse la sentencia absolutoria emitida en primera instancia, siendo recurrible aquella solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja limitado a impugnar la denegación de aquél. La Corte IDH consideró que el recurso extraordinario intentado por la víctima no resultó un medio de impugnación procesal penal sino que está regulado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino, siendo que sus causales de procedencia están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional”.⁶⁶⁶ Lo que generó que los agravios presentados por la defensa del señor Mohamed estuvieran condicionados *a priori* por las causales de procedencia de ese recurso, que limitaban *per se* la posibilidad de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio, lo que “incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria”.⁶⁶⁷ Asimismo, la Corte destacó que, “sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados.”⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ Sobre este aspecto, el artículo 2 Protocolo No. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos exceptúa del derecho al doble grado de jurisdicción penal, entre otros, aquellos casos en que el interesado “haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”, siempre que, como lo ha señalado el TEDH, en caso de pruebas de carácter personal hayan vuelto a practicarse y desarrollado las vistas conducentes ante el tribunal de apelación. *Cfr.* ARANGÜENA Fanego, Coral, “El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7), en AA.VV. *La Europa de los Derechos...*, *op. cit.*, pp. 277-298.

⁶⁶⁷ *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párrs. 102, 104, 106, 112 y 116.

⁶⁶⁸ *Ídem*, pár. 119.

CAPÍTULO IV

LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA INTERNACIONAL: DE LA SUBSIDIARIEDAD AL DIÁLOGO INTERJUDICIAL

Las jurisdicciones internacional y nacional son copartícipes en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario y, con esto, en la construcción de un medio social mejor para todos. La clara comprensión de esta identidad fundamental de propósito requiere, sin embargo, un cambio de mentalidad.

Antônio Cançado Trindade*

4.1. La naturaleza complementaria del sistema internacional

Como ya se destacó, el DIDH tiene por objeto proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. Tales mecanismos son de naturaleza complementaria y subsidiaria de tal forma que el DIDH, por un lado, amplía o refuerza el catálogo de derechos humanos de las constituciones estatales y, por el otro (para cumplir con la finalidad de garantía colectiva de los derechos humanos) establece mecanismos de control y supervisión de las obligaciones estatales, entre los que destacan aquellos de naturaleza jurisdiccional y complementaria, lo que supone que son las jurisdicciones estatales las primeras facultadas y obligadas a garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH “está concebida como una institución judicial del sistema interamericano”.⁶⁶⁹ Como órgano jurisdiccional instituido por los Estados americanos para la protección de los derechos humanos en el continente, su organización, procedimiento y función se encuentran regulados en la CADH, en su estatuto y en su reglamento. La propia Corte IDH ha establecido, siguiendo el texto de su Estatuto (art. 1), que “es, ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación

* CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 400.

⁶⁶⁹ Corte IDH, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 19.

de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados (artículos 62 y 63 de la Convención y artículo 1 del Estatuto de la Corte). En virtud del carácter obligatorio que tienen sus decisiones en materia contenciosa (artículo 68), la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención [...].”⁶⁷⁰

La Corte IDH, en tanto tribunal internacional o supranacional, tiene –como lo ha destacado Sergio García Ramírez– además de atribuciones administrativas y reglamentarias respecto a su ámbito interno, cuatro facultades principales: a) consultiva, respecto a las solicitudes que le presenten los Estados Americanos, la CIDH u otros órganos de la OEA sobre la Convención o cualquier otro tratado que concierne a los Estados, o las leyes internas de éstos; b) contenciosa, respecto de los casos individuales que someta la CIDH en contra de algún Estado parte de la Convención y que haya aceptado su competencia o de demandas entre Estados cuando así lo hayan aceptado; c) preventiva, por cuanto hace a la medidas provisionales que puede emitir en casos de extrema gravedad y urgencia a fin de evitar daños irreparables a las personas, ya sea respecto de casos de su conocimiento o a solicitud de la CIDH, y d) ejecutiva, por cuanto hace a las medidas –ciertamente limitadas– que puede emitir el tribunal para la supervisión del cumplimiento de sus determinaciones.⁶⁷¹

Un aspecto central en el diseño del sistema convencional es su carácter subsidiario o complementario al sistema interno de garantías.⁶⁷² De forma tal que el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas”, bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. Lo anterior –en palabras de la propia Corte IDH– significa que “se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en

⁶⁷⁰ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 44.

⁶⁷¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007, pp. 51 y ss.

⁶⁷² Cfr. CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *AM J In’L*, vol. 97, núm. 1, 2003 y DEL TORO, Mauricio, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano,” *op. cit.*, pp. 23-61.

forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”.⁶⁷³

En efecto, la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos no es sustituir a los tribunales nacionales. Su naturaleza es complementaria y subsidiaria a la protección ofrecida por el ordenamiento interno. En consecuencia, las instancias internacionales reconocen a las autoridades estatales sus facultades intrínsecas de aplicar e interpretar la legislación interna respectiva y reconocen también cierto margen de apreciación a las mismas en la aplicación e interpretación de la norma internacional. La instancia internacional se limita a confrontar las actuaciones estatales con sus obligaciones internacionales derivadas del DIDH.⁶⁷⁴ Por tanto, los tribunales internacionales de derechos humanos no realizan funciones de tribunales de apelación o casación de las decisiones judiciales internas y sólo pueden señalar, en cada caso, las violaciones procesales de los derechos consagrados en los respectivos tratados.

La Corte IDH “carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno”, lo que corresponde hacer a los tribunales internos.⁶⁷⁵ La función de la Corte se limita a “determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana”⁶⁷⁶ y en caso de existir una violación, corresponde al Estado modificar su ordenamiento interno y, en todo caso, dejar sin efectos determinadas sentencias firmes de los jueces nacionales, incluso los constitucionales. Por ello es fundamental contar con procedimientos internos adecuados para el debido cumplimiento de las resoluciones internacionales, los Estados deben emitir las leyes y los procedimientos necesarios para cumplir cabalmente con las sentencias de la Corte IDH, incluyendo aquellos supuestos que involucren la revisión de actuaciones y sentencias judiciales.⁶⁷⁷

⁶⁷³ Entre otros, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párrs. 142-144.

⁶⁷⁴ Así, por ejemplo, el TEDH ha reiterado que “el Tribunal no tiene por objeto sustituir a las jurisdicciones internas. Incumbe, en primer lugar, a las autoridades nacionales, y especialmente a los juzgados y tribunales, interpretar la legislación interna. El papel del Tribunal se limita a comprobar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de esta interpretación.” TEDH, *Caso Rodríguez Valín contra España*, Sentencia de 11 de octubre de 2001, párr. 22.

⁶⁷⁵ *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 94.

⁶⁷⁶ Entre otros, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 62.

⁶⁷⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003, p. 543.

4.2. El principio de subsidiariedad (aspectos generales)

En el ámbito del DIDH –como se destacó en apartados anteriores– el principio de subsidiariedad, aunque se encuentra implícito en los diferentes instrumentos internacionales (en particular las convenciones regionales que establecen mecanismos de control o supervisión) surge como una construcción jurisprudencial desarrollada originalmente por el TEDH y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) en el seno del Consejo de Europa, y se extiende posteriormente a otros ámbitos como el sistema interamericana a través de la jurisprudencia de los órganos de vigilancia, a saber, la CIDH y la Corte IDH.

En conjunto el principio de subsidiariedad del DIDH se expresa no sólo en la concepción de todo el complejo sistema de protección de los derechos humanos que inicia en el ámbito interno de los Estados y llega hasta las instancias internacionales, sino y principalmente en la forma de operar de éstas últimas. Por ello se habla de las diferentes dimensiones del principio de subsidiariedad. Dimensiones que impactan en la concepción tanto del ordenamiento jurídico como en la labor de los operadores jurídicos internos e internacionales.

4.3. Las dimensiones de la subsidiariedad:

En el marco del DIDH la idea de subsidiariedad se expresa en dos dimensiones o ámbitos diferentes: el ámbito sustantivo o normativo (dimensión sustantiva) y el ámbito procesal e institucional (dimensión procesal).⁶⁷⁸ Ambos están estrechamente relacionados entre sí. En general la idea de subsidiariedad supone la existencia de órdenes diferentes o diferenciados que establecen relaciones de complementariedad en la medida en que persiguen finalidades comunes. Las relaciones de coexistencia que se establecen entre los

⁶⁷⁸ Cfr. CALLEWAERT, Johan, "La Subsidiarité dans L'Europe des Droits de L'Homme: La Dimension Substantielle" y DE SHUTTER, Olivier, "La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L'Homme: La Dimension Procédurale" ambos en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp. 13-61 y 63-130, respectivamente. En el mismo sentido, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1078.

diferentes órganos nacionales e internacionales o supranacionales dependerá precisamente de las finalidades de la normativa aplicable y de las posibilidades reales de hacerla efectiva. La primera cuestión se relaciona con la dimensión sustantiva de la subsidiariedad, la segunda con su dimensión procesal.

4.3.1. La dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad (Función normativa y margen de apreciación)

La dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad supone, al menos, tres aspectos: a) el reconocimiento de la complementariedad respecto del catálogo de derechos y deberes internacionales impuestos por el DIDH y el catálogo de derechos fundamentales establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; b) la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público internacional basado en la existencia de ciertas normas perentorias de derecho internacional general (*jus cogens*) que imponen obligaciones de carácter *erga omnes*; y c) la pluralidad de las sociedades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural. Ello se manifiesta en la función legislativa y normativa del DIDH y en la doctrina del margen nacional de apreciación.

A) La función legislativa y normativa (la dinámica interpretativa)

El carácter complementario del sistema internacional respecto del derecho estatal define en términos generales los aspectos sustantivos y operativos de la protección integral de los derechos humanos. Bajo los postulados de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, y de unidad, integración y complementariedad del DI y los ordenamientos estatales, el DIDH no pretende sustituir sino complementar, reforzar y en su caso corregir al derecho nacional de conformidad con la noción de garantía colectiva.

En este sentido, la CADH en su preámbulo reconoce "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

De esta forma el principio de complementariedad en sentido amplio define la interrelación entre ambos sistemas y por tanto la dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad no condiciona la vigencia de los derechos humanos internacionalmente reconocidos sino que se proyecta sobre algunos aspectos respecto de su aplicación e interpretación.

En opinión de Johan Callewaert, tres son las características principales del principio de subsidiariedad: complementariedad, suplencia y autonomía.⁶⁷⁹ La dimensión sustantiva de la subsidiariedad se manifiesta en primer lugar en la “función legislativa o normativa” del DIDH respecto de los ordenamientos estatales; esto es, en el reconocimiento de determinados derechos humanos por el propio derecho internacional. El DIDH establece un catálogo de derechos y libertades fundamentales de carácter complementario a aquellos previstos en las constituciones y leyes nacionales.⁶⁸⁰ Además, el DIDH –como se destacó– establece deberes generales a cargo de los Estados a fin de garantizar el respeto de tales derechos. La puesta en práctica del régimen de subsidiariedad no se entendería fuera del contexto de estos deberes generales, pues el incumplimiento de tales deberes es el detonador de la jurisdicción internacional, como mecanismos último de control y garantía.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, al momento de suscribir y ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, los Estados aceptan las obligaciones convencionales consagradas en los mismos en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna y en consecuencia, se comprometen, en ejercicio de su soberanía, a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en tales

679 CALLEWAERT, Johan, "La Subsidiarité dans L'Europe des Droits de L'Homme: La Dimension Substantielle", *op. cit.*, pp. 16 y ss.

680 En realidad muchos derechos humanos se encuentran ya reconocidos en los textos constitucionales y es conocida la influencia que las constituciones estatales, principalmente la norteamericana y la francesa, pero también otras como la Mexicana (respecto del juicio de amparo por ejemplo) han tenido en la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Pactos internacionales, así como en otros instrumentos regionales. En sentido contrario, los textos internacionales han tenido una influencia importante en los textos constitucionales de la segunda posguerra y en general en el denominado nuevo constitucionalismo. Sobre este proceso de ida y vuelta véase: DEL TORO HUERTA, Mauricio, "La Apertura Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la Mundialización y sus Consecuencias en la Práctica Judicial", *op. cit.*, pp. 337 y ss; SOMMERMAN, Karl-Peter, "El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948" en PÉREZ LUÑO, A., (coord.) *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, pp. 109 y ss. Sobre el nuevo constitucionalismo, en general, véase: CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.

instrumentos internacionales. Este deber general de garantizar los derechos humanos abarca tanto las normas sustantivas como las procesales.

Así, por ejemplo la Corte IDH ha reiterado que “los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales.”⁶⁸¹

Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad el deber general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber general de adecuación del orden interno se proyectan principalmente respecto de las obligaciones de establecer recursos judiciales internos adecuados y efectivos. La inexistencia de recursos internos efectivos “coloca a una persona en estado de indefensión” y además es una excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.⁶⁸²

Ahora bien, la dimensión sustantiva de la subsidiariedad se manifiesta no sólo en el sentido material del reconocimiento de los derechos humanos internacionales sino también y de manera importante en su interpretación. La “función legislativa” del DIDH se hace realmente efectiva al momento de su interpretación. En ello las autoridades nacionales juegan un rol fundamental.

El DIDH establece un estándar mínimo de protección de los derechos humanos que puede ser ampliado por las autoridades estatales pero en ningún supuesto restringido, el margen de apreciación de los Estados está limitado por el propio DIDH y supervisado por los órganos internacionales de control establecidos en los respectivos instrumentos internacionales.

Al respecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 53 que ninguna de sus disposiciones “será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el

⁶⁸¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 37; *Caso del Tribunal Constitucional, Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 36.

⁶⁸² Entre otros, *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 130.

que ésta sea parte.” En el mismo sentido, el artículo 29.b de la CADH, establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.” Estos artículos prohíben una interpretación restrictiva de los derechos humanos en perjuicio de aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento interno de los Estados.⁶⁸³

El principio de interpretación mínima es un principio general que conjuntamente con otros principios (tales como el principio *pro persona* o la interpretación evolutiva) obligan tanto a los operadores jurídicos nacionales como a los internacionales a interpretar las normas de tal modo que ofrezcan una protección efectiva contra las violaciones a los derechos humanos y garanticen una adecuada reparación a las víctimas. Ello implica –como se destacó– que, al momento de interpretar la normativa internacional o ejercer un adecuado control de convencionalidad, se deban considerar aquellos criterios desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En este ámbito de protección, la jurisprudencia internacional (*latu sensu*) si bien no tiene la naturaleza obligatoria del precedente judicial en sentido estricto sí tiene una influencia innegable en la interpretación, no sólo como medio auxiliar para la determinación de las normas internacionales (en los términos del artículo 38. d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), sino también como criterio autorizado de interpretación.⁶⁸⁴ Ello da a la jurisprudencia internacional un carácter vinculante, con una importancia práctica y persuasiva innegable, tanto aquella desarrollada en ejercicio de la

⁶⁸³ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 103.

⁶⁸⁴ El valor de las decisiones judiciales en el DI está reconocido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, referente ineludible cuando se analiza el sistema de “fuentes” de dicho ordenamiento, el cual, en su párrafo 1, inciso d, identifica, a las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”. Este último precepto obliga al cumplimiento de las decisiones de la Corte por los Estados partes de un litigio. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconoce, en su artículo 21, que la Corte “podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”, ello en el entendido de que, según el numeral 3 del mismo precepto, la aplicación e interpretación del derecho “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

función contenciosa como consultiva.⁶⁸⁵ En éste, como en otros ámbitos, los precedentes constituyen una forma de “Derecho judicial” que contribuye a la continuidad, dinamismo y coherencia del sistema jurídico, y tiene una función hermenéutica, epistemológica, constructiva o creativa y evolutiva.⁶⁸⁶

La jurisprudencia internacional se proyecta en un doble plano de definición: respecto de los criterios de interpretación y respecto de los contenidos normativos.⁶⁸⁷ Ello se manifiesta también en otros dos aspectos del precedente: su contribución en la identificación de normas de carácter consuetudinario, de normas imperativas de derecho

685 Como lo advierte Christine Chinkin, en principio, el derecho internacional no precisa cuál es valor de las “decisiones judiciales” como “fuentes subsidiarias” o “medios auxiliares” para la determinación de las reglas de derecho, en términos del artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; de hecho, el artículo 59 dispone que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido” lo que se ha interpretado como el rechazo a cualquier doctrina del precedente en el ámbito de dicho tribunal internacional. No obstante, si bien la perspectiva formal supone que los tribunales internacionales no crean derecho y que sus decisiones sólo son obligatorias para las partes en litigio y pueden ser obviadas en casos futuros, lo cierto es que tal perspectiva ignora la realidad que confirma que es a través de la interpretación y aplicación de los tratados y la costumbre que las decisiones judiciales dilucidan y desarrollan el derecho internacional. Al respecto Chinkin precisa: “*In a decentralized legal system that lacks a legislature and where unwritten law is developed through the amorphous processes of state practice and opinion juris, judicial decision making carries great weight through exposition of the law. At national, regional and international levels courts play an especially important role in developing and moulding human right law in accordance with changing social circumstances and understandings of rights.*” CHINKIN, Christine, “Sources” en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Nueva York, U.S.A., Oxford University Press, 2010, p. 115.

686 No obstante la relevancia de la jurisprudencia internacional en la conformación del Derecho internacional, no existe en este ámbito una teoría general del precedente judicial, así como tampoco un modelo para su aplicación. Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. I, San José Costa Rica, 1998, pp. 431-446; DEL TORO HUERTA, Mauricio, “Anatomía del precedente internacional (Esbozo para la discusión)” en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo III: Justicia, Coordinado por Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González, Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, México, UNAM-IIIJ, 2015, pp. 75-107; GARDNER, John, “Judicial Precedent in the Making of International Public Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 17, No. 4 (1935), pp. 251-259; GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 5-23 y JACOB, Marc, “La función sistémica del precedente: Perspectivas del Derecho Internacional” en BOGDANDY, Armin von; Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, pp. 675-716.

687 Cfr. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos” en Alejandro Saiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.) *Control de Convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, op. cit., p. 494.

internacional (*ius cogens*) y de obligaciones *erga omnes*, así como en la relevancia práctica de la máxima *iura novit curiae*.

Al respecto, resulta relevante la distinción entre “cosa juzgada” *inter partes* y “cosa interpretada” con efectos *erga omnes* en el ámbito internacional. Sobre la distinción entre cosa juzgada y cosa interpretada y su incidencia en el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, la Corte IDH, en su resolución de supervisión sobre el cumplimiento de la sentencia emitida en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, señaló, respecto de la primera, que

[...] cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma [...] ⁶⁸⁸

Por cuanto hace a la denominada “cosa interpretada”, la Corte precisó que

[...] el control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según

688 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, pár. 68.

corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.⁶⁸⁹

En este punto la Corte IDH hace referencia al modelo europeo y destaca:

La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*”: “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales.”⁶⁹⁰

Asimismo, después de hacer referencia a diferentes resoluciones de tribunales nacionales de los Estados partes de la CADH, la Corte IDH concluye que, de dicha práctica nacional, “se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”.⁶⁹¹

La doctrina y la jurisprudencia han destacado la noción de *cosa interpretada* como base del carácter normativo del precedente internacional, como texto vinculante, en tanto que, de manera autónoma al efecto declarativo y reparador del caso en específico, se sitúa como parámetro para la definición del sentido y el alcance de los derechos humanos de fuente convencional, que muchas veces encuentran también un espejo en los ordenamientos nacionales.⁶⁹²

Al respecto, el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado a la resolución de supervisión en el referido *Caso Gelman* destacó que “no debe perderse de vista que la

⁶⁸⁹ *Ídem*, pár. 69.

⁶⁹⁰ *Ibídem*, nota 49.

⁶⁹¹ *Ibídem*, pár. 86.

⁶⁹² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de “cosa interpretada” o *chose interprétée*, que en términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados Parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (*Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978).⁶⁹³

Esta doble dimensión de la jurisprudencia internacional (función sistémica y armonizadora) incide en la eficacia del sistema en su conjunto, como mecanismo de atribución de responsabilidades y reparaciones en casos individuales y como control preventivo indirecto (*pro futuro*), a través del establecimiento de un sistema de garantía multinivel que debe leerse en clave de subsidiariedad y complementariedad, a fin de que no sólo se garantice la efectividad de los derechos humanos reconocidos internacionalmente en el ámbito interno (cumplimiento de las obligaciones y compromisos internacionales), sino también contribuir a la efectividad y armonización del sistema mismo, dada su naturaleza subsidiaria.⁶⁹⁴

Ello supone que las instancias regionales operen respecto de casos paradigmáticos, y los órganos internos como mecanismos de control de convencionalidad primarios, directos y auxiliares, en atención a la noción de garantía colectiva que –como lo ha destacado el juez de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor– supone que “los Estados Parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH”.⁶⁹⁵ Al respecto, el propio juez mexicano, ha señalado:

693 *Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013*, cit., pág. 60.

694 *Cfr.*, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y Pablo A. Fernández Sánchez, *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 233 y ss.

695 *Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de Marzo de 2013. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 77.

También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de “garantía colectiva” derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericana en términos del artículo 65 del Pacto de San José.⁶⁹⁶

La función armonizadora del DIDH y de la jurisprudencia internacional conlleva el establecimiento de un estándar mínimo común para los operadores del sistema, tanto nacionales como internacionales, y en el reconocimiento de la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales y la posibilidad de coexistencia de modelos de protección distintos. Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad la labor de interpretación de las normas internacionales es fundamental para garantizar la universalidad de los derechos humanos y su aplicación efectiva. Al mismo tiempo es necesario considerar el contexto de aplicación del DIDH y las circunstancias particulares de cada caso, entre ellas las diferentes sociedades y tradiciones jurídicas y culturales en que el derecho internacional se aplica.

El DIDH no tiene por objeto homogeneizar la legislación de los diferentes estados más allá de los estándares mínimos que garanticen los derechos humanos más fundamentales. En el equilibrio entre universalidad de los derechos y respeto a la diversidad cultural la doctrina del margen de apreciación juega un papel fundamental aunque se encuentra limitada por otros principios y reglas que han de considerarse al momento de evaluar esta posibilidad de apreciación de los Estados de las normas del DIDH.

La complementariedad del sistema no supone uniformidad, sino armonización, lo que sirve también de parámetro de compatibilidad en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación de los Estados y a los alcances del deber de adecuación del orden interno al internacional. La compatibilidad como no contradicción “es la única concepción que tiene cabida en un sistema de naturaleza internacional y subsidiaria.”⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ *Ídem*, pár. 75.

⁶⁹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, *op. cit.*, p. 246.

B) La doctrina del margen de apreciación y la cláusula “necesario en una sociedad democrática”

a) Origen y naturaleza

La denominada “doctrina del margen nacional de apreciación”, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, ha sido desarrollada principalmente por los órganos de control establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (v.gr. la antigua Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) aunque no deriva expresamente de sus disposiciones. El contexto de surgimiento, desarrollo y aplicación de la doctrina está determinado por la base social del Convenio Europeo; esto es, por el número de Estados Partes en el Consejo de Europa y en el Convenio, y por la diversidad de sociedades nacionales en los que se aplica.⁶⁹⁸

El hecho de que los Estados miembros del Consejo y partes en el Convenio Europeo difieran considerablemente respecto de su historia política y social, su sistema de creencias, tradición jurídica, religión, ideología y percepción cultural, hace necesario cuestionarnos si

⁶⁹⁸ Sobre la doctrina del margen de apreciación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, entre otros: ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002; BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights. Accommodating Diversity Within Europe” en Forsythe D. & McMahon, P., *Human Rights and Diversity*, University of Nebraska Press, 2003, pp. 81-110; BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights” en *Heidelberg Journal of International Law*, Band 56 (1996), pp. 240-314; GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; MACDONALD, R. St. J., “The Margin of Appreciation” en R. St. J. Macdonald *et al* (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers. The Netherlands, 1993, pp. 83-124; MACDONALD, R. St. J., “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” en Academy of European Law (ed.) *Collected Courses of the Academy of European Law*. Volume I, Book 2, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1992, pp. 95-161; SHANY, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *EJIL*, Vol. 16 no. 5, 2006; SWEENEY, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *ICLQ* vol. 54, April 2005, pp. 459-474. Para una proyección de la doctrina en el ámbito interamericano véase AA. VV., *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, NUÑEZ POBLETRE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.), México, UNAM, 2012 y BARBOSA DELGADO, Francisco, *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos Humanos*, Colombia, Universidad Externado, 2012.

el Convenio Europeo ha de aplicarse de la misma forma en todos los Estados partes.⁶⁹⁹ Esta cuestión genera una tensión constante entre universalidad y diversidad cultural en materia de derechos humanos y entre intereses individuales e intereses de la comunidad o del Estado que requieren de una solución razonable ¿Cómo aplicar e interpretar los derechos humanos concebidos como universales en sociedades nacionales diversas y plurales? La doctrina del margen de apreciación pretende dar respuesta (parcial y no siempre satisfactoria) a tal interrogante.

En opinión de Javier García Roca, un cierto margen nacional de apreciación en la regulación y ponderación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo es necesario por dos razones; primero, refleja una evidente realidad marcada por el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos (47 Estados y más de 800 millones de personas), y segundo, responde a la lógica de una protección internacional subsidiaria donde los ordenamientos y autoridades judiciales internas deben otorgar y funcionar como una garantía efectiva de los derechos humanos, lo que su vez contribuye a la conformación de un espacio público europeo amplio y plural, por lo que no puede concebirse como una “carta blanca” a los Estados.⁷⁰⁰

Así entendida, la doctrina surge como un instrumento de conciliación entre diferentes intereses contrapuestos al momento de aplicar e interpretar la normativa internacional y de ponderar intereses complejos, reconociendo cierto grado de discrecionalidad los Estados y, en determinados casos, cierta flexibilidad normativa

⁶⁹⁹ En sus inicios (1949) el Consejo de Europa contaba con 10 Estados miembros, cifra que paulatinamente se ha incrementado hasta 47 en la actualidad, los cuales son Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; entre ellos, además de los 28 países miembros de la Unión Europea (entidad distinta al Consejo de Europa), están, entre otros: Albania, Bulgaria, Georgia, Moldavia, Turquía, Rusia, Serbia y Montenegro, Ucrania, etc. A raíz del término de la Guerra Fría, en 1989, es que más se ha incrementado el número de Estados miembros del Consejo de Europa, pues muchos Estados de Europa Central y Europa del Este se incorporaron al organismo regional y son parte del Convenio Europeo, aunque no todos han ratificado sus diferentes protocolos adicionales lo que genera cierta heterogeneidad en el sistema instaurado por el Convenio y sus protocolos, y limita de alguna manera el alcance del *ius commune* europeo de derechos humanos. Al respecto véase: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 33 y ss. Para información general sobre el Consejo de Europa: www.coe.int.

⁷⁰⁰ GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, op. cit., pp. 122-130.

(*normative flexibility*) que supone un espacio de legalidad (“*zone of legality*”) para que los Estados actúen “libremente”.⁷⁰¹

El origen de la doctrina en la jurisprudencia del TEDH se encuentra en algunos casos relacionados con situaciones de emergencia (art. 15 del Convenio Europeo),⁷⁰² casos de no discriminación (art. 14) y casos en los que ha tenido que evaluar la aplicación de las cláusulas limitativas reconocidas en ciertos artículos que permiten la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de determinados derechos siempre que tal injerencia esté prevista en la ley, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática y tengan un fin legítimo (párrafo 2 de los artículos 8 a 11 del Convenio, relativos al derecho a la vida privada y familiar, la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, y la libertad de reunión o de asociación).⁷⁰³ Posteriormente, el TEDH ha aplicado la doctrina del margen de apreciación, en mayor o menor grado, en prácticamente todos los derechos reconocidos en el Convenio Europeo y sus protocolos.⁷⁰⁴

Como recuerda Eva Brems, la doctrina es, al menos en el sistema europeo, una de las principales guías de interpretación de los instrumentos internacionales, y como tal interactúa con otras pautas de interpretación como el principio *pro homine* o *pro persona*, la interpretación evolutiva, el principio de proporcionalidad, la interpretación conforme, etc.⁷⁰⁵ En consecuencia, la doctrina ha de evaluarse como parte de un conjunto de herramientas que se emplean en el seno de la jurisdicción internacional y no como una prerrogativa estatal. Esto es, la doctrina no postula al margen nacional de apreciación como

⁷⁰¹ SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *op. cit.* pp. 909 y 910.

⁷⁰² Entre otros, el *Caso Lawless*, Sentencia de 1 de julio de 1961, Serie A No. 3, párr. 28.

⁷⁰³ Con diferencias menores, estos artículos señalan que el derecho o libertad respectivo, “no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud, o de la moral públicas o la protección de los derechos a las libertades de los demás.”

⁷⁰⁴ KRATOCHVÍL, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011, pp. 324–357.

⁷⁰⁵ BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, p. 241. Sobre el principio, véase, PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997, p. 163.

un “privilegio” o un “derecho” estatal, sino como una “autorestricción judicial” derivada del carácter funcional del sistema internacional, como mecanismo subsidiario.⁷⁰⁶

Como se advierte, la doctrina del margen de apreciación desempeña diferentes roles en el contexto de aplicación del DIDH. En primer lugar, en tanto desarrollada por la jurisprudencia internacional, la doctrina es una forma de “autolimitación judicial”, una decisión discrecional (de los Estados en su aplicación, pero principalmente del TEDH en su supervisión), al mismo tiempo se presenta como una herramienta de interpretación del Convenio y como expresión de la subsidiariedad característica del DIDH.⁷⁰⁷ Esta “autolimitación judicial” deriva de diferentes factores: la legitimidad del juez internacional respecto de su incidencia en el ámbito interno y su incapacidad para conocer de todos los casos en que se alegue una posible violaciones a los derechos humanos, si éstos pueden ser resueltos satisfactoriamente por las instancias nacionales; el reconocimiento por parte del TEDH del hecho de que las autoridades estatales tienen un mejor y más directo conocimiento de la vida interna, social y jurídica de las sociedades nacionales respecto de un organismo internacional y, finalmente, que, en última instancia, es la propia instancia internacional la que valora y establece los límites y alcances de la aplicación del margen de apreciación por los Estados, lo que permite a aquella tener el control final de su aplicación.⁷⁰⁸ De esta forma, el reconocimiento de dicho margen es consecuencia del carácter subsidiario del sistema internacional y una deferencia a las nacionales siempre que se respeten los límites mínimos establecidos por el DIDH.

b) Alcance de la doctrina

De conformidad con la doctrina, las autoridades estatales tienen un cierto margen de apreciación en la aplicación e interpretación de las normas internacionales, así como en el establecimiento de ciertos límites y restricciones permitidas por el propio ordenamiento

⁷⁰⁶ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula “necesario en una sociedad democrática”*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 98.

⁷⁰⁷ BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights. Accommodating Diversity Within Europe”, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁰⁸ SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *op. cit.*, p. 908.

internacional, teniendo presentes sus propias circunstancias.⁷⁰⁹ En este sentido, el margen de apreciación conceptualiza el ámbito en el que las autoridades nacionales pueden moverse cuando restringen el ejercicio de los derechos protegidos por el Convenio, sin violarlo, y a su vez significa un límite (autoimpuesto) a la intervención de los órganos de supervisión internacional.

El ámbito material en que se admite el margen varía, pero se relaciona con el alcance de las normas internas respecto de las internacionales o con el alcance de los derechos internacionales en el ámbito interno en función de las propias limitaciones permitidas por el derecho internacional. Para García Roca, el margen “se aplica en ciertos temas especialmente sensibles para cada comunidad nacional, bien dada su acusada politicidad o bien ante la decisiva influencia de la diversidad de contextos históricos y culturales de los pueblos [...] que un buen juzgador no puede ignorar”. En esta sentido, el margen se aplicaría principalmente a cuestiones relacionadas con la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad nacional, y la libre configuración por el legislador democrático de los derechos constitucionales.⁷¹⁰ Para Manuel Nuñez Negrete, la doctrina deja un margen a los Estados para: apreciar las circunstancias materiales que ameriten la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; para limitar el ejercicio de algunos derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollan en el ordenamiento interno.⁷¹¹ Yuval Shany considera que el margen se expresa en la aplicación de normas abiertas o discrecionales (*discretionary norms*), normas orientadas a un fin u obligaciones de resultado (*result-oriented norms*), y a estándares normativos o directrices (*standard-type norms*) que, a diferencia de las reglas y los principios en sentido estricto, se refieren a pautas abiertas de conducta, políticas públicas, valores, buena fe, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que muchas veces están incorporadas en cláusulas limitativas de

⁷⁰⁹ ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, op. cit., p. 2.

⁷¹⁰ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional...*, op. cit., pp. 132 y 135.

⁷¹¹ NUÑEZ NEGRETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en AA. VV., *El margen de apreciación en el sistema interamericano...*, op. cit., p.6.

derechos, o a circunstancias fácticas (condiciones de aplicación) relativas a normas que rigen situaciones extraordinarias o excepcionales, aunque reconoce que la diferencia entre “rules” y “standards” no siempre es clara.⁷¹²

Existen ciertos factores que el TEDH ha tomado en consideración al momento de determinar el mayor o menor margen conferido a los Estados en la aplicación e interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo y algunos criterios generales. Entre ellos: a) la importancia y naturaleza del derecho y la obligación en cuestión; b) el consenso entre los Estados miembros respecto del reconocimiento, aplicación e interpretación de determinados derechos; c) el que el análisis del asunto entre o no en el “campo de la política” (“*the field of policy*”) y los intereses en juego; d) la referencia a determinados derechos en otros instrumentos internacionales; e) la existencia de cierto grado de incertidumbre o disputa en las legislaciones internas de los Estados respecto de la norma o la práctica en cuestión; f) el criterio del “contenido sustancial” de los derechos; g) la existencia de una situación particular local; y, h) el carácter excepcional de la situación en análisis.⁷¹³

Tales criterios han sido considerados de diferentes formas por el TEDH. En ocasiones algunos de estos y otros factores son empleados para ampliar el margen de apreciación de los Estados (p.e. la naturaleza positiva o negativa de la obligación para los Estados, el equilibrio razonable entre los hechos del caso y los intereses en juego o el contexto del caso). De la misma forma, otros factores buscan restringir el margen de apreciación (p.e. la existencia de un consenso entre los Estados, la interpretación finalista del DIDH, la jerarquía del derecho en juego, el modelo de sociedad democrática del Convenio).⁷¹⁴

⁷¹² SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *op. cit.*, pp. 914-917.

⁷¹³ Cfr. BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 256.

⁷¹⁴ Cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

c) Presupuestos normativos e institucionales

El margen nacional de apreciación en la aplicación de ciertos derechos reconocidos internacionalmente no debe confundirse (aunque a veces se relaciona) con la “discreción relativa” que tienen los Estados en la implementación de los tratados internacionales en el orden interno.⁷¹⁵ En principio los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos y en consecuencia a implementar los tratados internacionales en su derecho interno. La libertad que tienen los Estados en este ámbito está condicionada por el principio de efectividad de los derechos. Esto significa que si bien los Estados tienen libertad para tomar el tipo de medidas (legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter) que juzguen convenientes para implementar los derechos reconocidos internacionalmente, éstas han de ser efectivas para proteger y garantizar tales derechos, en tanto mínimos.

En este sentido, el deber de adecuación del orden interno al internacional prevalece sobre cualquier consideración estatal y si bien el DIDH no impone modelos de organización o legislación específicos, sí traza un conjunto de deberes y derechos que deben ser respetados. La armonización del orden interno es un ejercicio de libre configuración, en tanto no vulnere derechos convencionales, el tipo de medidas que se adopten para hacer efectivos los derechos convencionales se deja, en principio, al ámbito de la decisión nacional, pero el deber de armonización se impone a cualquier pretendido margen de apreciación.

De esta forma, el margen de apreciación se inscribe dentro de esa libertad de configuración e interpretación (“autointerpretación”) de la normativa internacional al momento de aplicarla⁷¹⁶ y, aunque deriva de los deberes generales, opera en un ámbito más restringido. Esto es en la aplicación e interpretación de determinados derechos en el contexto de una situación o un caso determinado.⁷¹⁷ Así, se reconocen límites intrínsecos y

⁷¹⁵ SWEENEY, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *op. cit.*, p. 462.

⁷¹⁶ KOHEN, Marcelo, “Presentación del Director General de la SLADI” en AA. VV., *El margen de apreciación en el sistema interamericano...*, *op. cit.*, p. XI.

⁷¹⁷ Para Shany debe reconocerse principalmente respecto de la aplicación de normas y valoración de hechos y no propiamente de la interpretación de aquéllas aunque en ocasiones ello existe una distinción claro respecto de estas operaciones. “*A general margin of appreciation doctrine should mainly govern fact-intensive law-*

extrínsecos del margen de apreciación del juez internacional y del Estado; los primeros, están contemplados en los propios tratados internacionales (obligaciones y deberes generales y especiales, y aquellos límites descritos en los textos internacionales) y los segundos representados en condicionamientos procesales en el ámbito internacional, esto es los requisitos de competencia, presentación y admisibilidad de una reclamación internacional (p.e. agotamiento de recursos internos y requisitos de competencia) o condicionamientos materiales en la interpretación material de los derechos (v. gr., la aplicación del principio de proporcionalidad).⁷¹⁸

Además, como lo expresa Antônio Cançado Trindade, esta doctrina “presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder judicial indudablemente autónomo”; sólo en este escenario se garantiza el pleno respeto y garantía de los derechos humanos y no cabe reconocer o invocar margen alguno tratándose de derechos inderogables, es inadmisibles aplicarlo en relación a ordenamientos jurídicos nacionales cuestionados por su ineficacia en el combate a la impunidad.⁷¹⁹ En el mismo sentido, Francisco Barbosa, considera que el reconocimiento del margen y la forma de concreción del mismo dependen de dos condiciones coincidentes y necesarias: la existencia del Estado de derecho –Estado y justicia– y la presencia de una sociedad democrática como elemento sustentatorio de las convencionales regionales de protección de derechos humanos.⁷²⁰

application decisions and not norm-intensive law-interpretation process, whose ultimate elaboration should remain the exclusive province of the international judiciary”. SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *op. cit.* p. 913.

⁷¹⁸ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco, *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁷¹⁹ CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, *op. cit.*, pp. 388-390. El jurista brasileño expresa una fuerte crítica frente a “artificios” y “fórmulas nebulosas” como las del “margen de apreciación” o de la “cuarta instancia” que relativizan la aplicación de la normativa internacional en el plano de los ordenamientos internos de los Estados, en su concepto, lo que urge “es un mejor entendimiento de las obligaciones convencionales de protección, que abarcan todo y cualquier acto u omisión del Estado Parte, de cualquiera de sus órganos o agentes” (pp. 400-401).

⁷²⁰ BARBOSA DELGADO, Francisco, “El margen de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática” en AA. VV., *El margen de apreciación en el sistema interamericano*, *op. cit.*, p. 61.

d) Limitaciones y críticas

En el análisis de la aplicación del margen de apreciación, los analistas coinciden en que no existe ninguna tendencia concluyente respecto de su aplicación, como tampoco una aplicación consistente.⁷²¹ No obstante el uso recurrente de la doctrina, no existe una teoría general sobre la aplicación del margen de apreciación y para algunos ni siquiera puede considerarse una doctrina propiamente hablando.⁷²² Así, por ejemplo, Carrillo Salcedo considera que el margen de apreciación es variable y depende de las circunstancias, materias y el contexto de cada caso; la doctrina “opera sobre todo en aquellas circunstancias en las que no existe un consenso”, por lo que dicho margen no existe o es muy reducido en otras materias, tales como las relacionadas con la administración de justicia en donde existe un amplio consenso internacional sobre su regulación.⁷²³

En realidad se trata de una herramienta flexible que permite a las instancias internacionales evaluar la aplicación del derecho internacional dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad que respete la diversidad social y cultural. Esta característica de flexibilidad y de heterogeneidad del margen de apreciación es al mismo tiempo lugar de consensos como de desavenencias.

Para algunos esto supone una amenaza al principio de universalidad de los derechos y propicia un relativismo inaceptable; para otros es la expresión de la pluralidad y la tolerancia siempre que no se exceda el límite de lo razonable. Asimismo se ha dicho que la doctrina propicia una indeseable discrecionalidad judicial en poder de los jueces internacionales, así como que es una forma elegante o diplomática de ejercer la jurisdicción internacional respetuosa del ámbito interno. Lo innegable es que la doctrina del margen de

⁷²¹ Cfr. BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 256, y SHANY, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *op. cit.*

⁷²² Para García Roca el margen de apreciación es un criterio frecuente de casos por el TEDH “cuyo uso produce una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad o impredictibilidad del resultado que ponen de manifiesto un exceso de discrecionalidad en la decisión judicial europea”, aunque necesario e inevitable, siempre que no se produzca un “sobremargen” pues entonces “la eficacia de los derechos convencionales, y del propio sistema de garantía colectiva, resulta seriamente dañada y el recurso a esta técnica se antoja desnudo o desprovisto de una verdadera justificación racional. La efectividad de los derechos deberá prevalecer sobre el margen”. *El margen de apreciación nacional...*, *op. cit.*, p. 377.

⁷²³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 92.

apreciación es un instrumento de aplicación e interpretación del DIDH que depende para su utilización del contexto social y regional en que se aluda.

Ello provoca que se consideren con cautela los límites del margen de apreciación por los Estados y que se exija a los tribunales internacionales mayor coherencia en su aplicación, puesto que, como destaca el profesor Carrillo Salcedo, “una cosa es reconocer este dato, que pone de manifiesto el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de los derechos humanos, y otra cosa, muy distinta, diluirlo en una excesiva pluralidad de situaciones particulares.”⁷²⁴

En este contexto de incertidumbre, existen al menos tres tendencias que buscan definir el futuro de la doctrina del margen de apreciación una vez evaluando los riesgos de una aplicación demasiado flexible. Un punto de vista sugiere que más allá del mínimo estándar de protección establecido por el DIDH los Estados tienen un margen de apreciación para establecer restricciones a los derechos internacionalmente reconocidos aunque siempre dentro de ciertos límites de razonabilidad, legalidad, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática que las instancias internacionales deberán evaluar a su discreción. Otro punto de vista sugiere que la doctrina del margen de apreciación es un instrumento que se explica sólo en el contexto de desarrollo de la protección de los derechos humanos en el Continente Europeo como parte de una doctrina de transición que en la medida en que se consolida un orden público europeo, su razón de ser perderá sentido. Un tercer punto de vista sugiere que el margen de apreciación tiene una utilidad ahí donde, sin suponer violaciones graves a los derechos humanos, los Estados (actuando de buena fe y reconociendo la existencia de una injerencia) aluden “intereses generales” para establecer ciertas limitaciones permitidas por el DIDH, sin que exista un impacto desproporcionado que justifique la actuación de la instancia internacional. Esto último supone que sólo donde existen una “sociedad democrática” es que vale el reconocimiento del margen de apreciación al Estado, de otra forma la doctrina no entra en juego y la instancia internacional debe ejercer un control estricto sobre la actuación estatal, particularmente ahí

⁷²⁴ *Ídem*, p. 93. Para algunos comentaristas las raíces conceptuales de la doctrina han de buscarse más que en nociones “relativistas” en el carácter subsidiario y descentralizado del DIDH. *Cfr.* SWEENEY, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *op. cit.*, pp. 471 y ss.

donde se aleguen consideraciones de “interés general” para limitar los derechos y libertades más fundamentales.⁷²⁵

Considerando este último supuesto la cláusula “necesario en una sociedad democrática”, a la que se alude expresamente en el párrafo 2 de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo, adquiere cierta autonomía y se presenta como un reflejo de la lógica interna del sistema europeo con una función de armonización y uniformidad.⁷²⁶ El hecho de que esta cláusula se componga a su vez de otros dos elementos que determinan su aplicación: la existencia de una “necesidad social imperiosa” y la proporcionalidad de la injerencia al fin legítimo perseguido, nos sitúa en el campo de la argumentación jurídica y del principio de proporcionalidad, el cual ha sido adoptado progresivamente por diversos tribunales nacionales e internacionales.

Por lo anterior, se identifica al principio de proporcionalidad como la otra cara del margen de apreciación o como un criterio correctivo o restrictivo del propio margen, a esta faceta, Goerges Letsas la denomina como sustantiva (*substantive concept*) del margen de apreciación, relativa a la relación compleja entre derechos y libertades y bienes u objetos colectivos (reflejada en las cláusulas limitativas establecidas en los propios instrumentos internacionales), y diferente a la faceta estructural, relacionada con la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales en atención a criterios como el nivel de consenso o la mejor posición de las autoridades estatales para valorar ciertas situaciones (políticas, sociales o culturales) en el ámbito nacional.⁷²⁷

e) Proyecciones interamericanas de la doctrina

En el ámbito del sistema interamericano el desarrollo de la doctrina del margen de apreciación ha sido más limitado y si bien la Corte IDH se ha referido en algunos momentos a ciertos ámbitos donde existe un mayor margen de apreciación de los Estados,

⁷²⁵ Cfr. SWEENEY, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *op. cit.*, pp.471 y ss;

⁷²⁶ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁷²⁷ LETSAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, UK, Oxford University Press, 2010, pp. 80-98.

no existe en la jurisprudencia constante del tribunal interamericano una aplicación de la doctrina con la misma intensidad que en el contexto europeo. Dada las características propias de los Estados partes en la CADH, las condiciones sociales, jurídicas, políticas y culturales hacen necesario una valoración más estricta de los criterios de interpretación de la CADH para que ésta alcance sus plenos efectos.⁷²⁸

En la práctica de la Corte IDH, los principios de efectividad, *pro persona*, interpretación evolutiva, proporcionalidad y racionalidad parecen tener prioridad sobre el margen de apreciación de los Estados. Incluso existen algunas limitaciones expresas a la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Por ejemplo, el artículo 30 establece que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser sino conforme a leyes que dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.” Por su parte, el artículo 32 de la Convención Americana establece la correlación entre deberes y derechos y señala que toda persona tiene deberes para con su familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos de cada persona “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-4/84, se refirió a la doctrina del margen de apreciación respecto del derecho a la nacionalidad (art. 20 de la CADH) al manifestar que “tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”.⁷²⁹ Asimismo, en el *Caso Herrera Ulloa* destacó que si bien “los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”.⁷³⁰ Como se advierte si bien existe un reconocimiento de un margen de apreciación no estamos frente a una construcción argumentativa independiente de las obligaciones generales, límites especiales o parámetros de proporcionalidad impuestos por la propia CADH. Ello se manifiesta también, por ejemplo, en el *Caso Castañeda vs.*

⁷²⁸ Cfr. NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana...”, *op. cit.*, pp. 22-32 y

⁷²⁹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4, párrs. 36 y 62.

⁷³⁰ *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, pár. 161.

México, donde la Corte IDH después de precisar que no existe un modelo universal o regional de organización electoral, y de que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades de los derechos políticos (art. 23.2 de la CADH), señaló que “siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.”⁷³¹

En el mismo sentido, en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, el tribunal destacó que, respecto al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.⁷³²

Finalmente, en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH analizó si una sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas al considerar que la CADH exigía prohibir la fecundación in vitro tal como se encontraba regulada en un Decreto Ejecutivo que la permitía, al interpretar el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que la CADH exigía una protección absoluta del embrión. En su sentencia, la Corte IDH hizo amplia referencia a la doctrina del margen de apreciación nacional del TEDH respecto del alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro, a partir del reconocimiento de este tribunal de un margen de apreciación de los Estados respecto al

⁷³¹ *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, pár. 155.

⁷³² *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, pár. 92.

problema de cuándo debe comenzar el derecho a la vida, dado que no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte y no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida, precisando que “ese margen de apreciación no es ilimitado” y que “la Corte [Europea] tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados [...]. La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla.”⁷³³

La Corte IDH concluyó que la Sala Constitucional, no obstante que se basó en diferentes instrumentos internacionales (CADH, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959), de ninguno de estos instrumentos “es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención” y en consecuencia, “no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.” Finalmente, la Corte puntualizó que la interpretación de la Sala Constitucional “implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia” y tuvo efectos discriminatorios, por lo que la Corte, considerando lo señalado sobre los alcances del derecho a la vida, no consideró “pertinente pronunciarse sobre los alegatos del

⁷³³ *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, pár. 239. En la sentencia se citan, entre otros, los siguientes casos del TEDH: *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004; *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010; *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007.

Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional”.⁷³⁴

Como se advierte, si bien en estos y otros casos, la Corte IDH se ha referido o aludido directa o indirectamente a la idea de un margen de apreciación de los Estados, ello ha sido principalmente para enfatizar la importancia de los deberes y responsabilidades de los Estados en el marco del DIDH, sobre la base de criterios de proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática.

4.3.2. La dimensión procesal del principio de subsidiariedad

La dimensión procesal o institucional del principio de subsidiariedad se refiere principalmente a la forma en que operan los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos respecto de las autoridades estatales. De esta forma la subsidiariedad orienta la distribución de tareas entre las autoridades estatales y el juez internacional. Su efecto es el de concentrar en las manos de aquellas la labor principal de garantizar los derechos y libertades internacionalmente reconocidos y dejar al juez internacional como una forma de remedio último.⁷³⁵

Al respecto, el TEDH en el *Caso Handyside* puso de manifiesto que “el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos. El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos [...] Se sigue de ello que el Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes.”⁷³⁶

Así, cuando se habla de la dimensión procesal del principio de subsidiariedad se alude principalmente a dos aspectos: la naturaleza de los tribunales internacionales y su papel en la supervisión de los actos de las autoridades estatales y el requisito procesal

⁷³⁴ *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, párrs. 244, 259 y 316.

⁷³⁵ DE SCHUTTER, Olivier, « La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L’Homme: La Dimension Procédurale » en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L’Europe de la Subsidiarité*, op. cit., pp. 63-130.

⁷³⁶ TEDH, *Caso Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A No. 24, párrs. 48 y 50.

expresado en la regla de agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a una instancia internacional.

A) La fórmula de la “cuarta o última instancia”

La naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos no es sustituir a los tribunales nacionales. Su naturaleza es complementaria y subsidiaria a la protección ofrecida por el ordenamiento interno. En consecuencia, las instancias internacionales reconocen a las autoridades estatales sus facultades intrínsecas de aplicar e interpretar la legislación interna respectiva y reconoce también, como ya se dijo, cierto margen de apreciación a las mismas en la aplicación e interpretación de la norma internacional. La instancia internacional se limita a confrontar las actuaciones estatales con sus obligaciones internacionales derivadas del DIDH.⁷³⁷ Como lo consideró el juez Sergio García Ramírez, respecto de la Corte IDH: “El Tribunal regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta.”⁷³⁸

En el ámbito del sistema interamericano la “fórmula de la tercera o cuarta instancia”, por virtud de la cual se considera que las decisiones de los tribunales domésticos imparciales e independientes no se encuentran sujetas al escrutinio de los órganos internacionales de vigilancia y control, fue desarrollada en un primer momento por la CIDH con base en el artículo 47.b de la CADH, según el cual la Comisión declarará inadmisibles una petición o comunicación cuando “no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención.”⁷³⁹

⁷³⁷ Así, por ejemplo, el TEDH ha reiterado que “el Tribunal no tiene por objeto sustituir a las jurisdicciones internas. Incumbe, en primer lugar, a las autoridades nacionales, y especialmente a los juzgados y tribunales, interpretar la legislación interna. El papel del Tribunal se limita a comprobar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de esta interpretación.” TEDH, *Caso Rodríguez Valín contra Espala*, Sentencia de 11 de octubre de 2001, párr. 22. Versión en castellano en: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1988-2002*, T. II, Cortes General, Madrid, 2003, pp. 1966.

⁷³⁸ Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párr. 4.

⁷³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en AA. VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, MARTÍN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego,

Al respecto, la CIDH al resolver en diferentes casos sobre la admisibilidad de una petición, ha reiterado que no es competente para revisar sentencias dictadas por tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y apliquen las debidas garantías judiciales, ni puede hacer las veces de un tribunal de alzada de un tribunal de apelaciones para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. Sin embargo, la propia CIDH, ha señalado que dentro de su mandato de garantizar la observancia de los derechos estipulados en la Convención, es necesariamente competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención.⁷⁴⁰

Así entendida, la “fórmula de la cuarta instancia”, a diferencia de la “doctrina del margen de apreciación” que se refiere en general a valoraciones de fondo sobre el alcance de los derechos, es un mecanismo procesal de selección en la etapa de admisibilidad de una petición; sin embargo, ambas operan como mecanismos de deferencia a las autoridades judiciales internas.

Al respecto, Diego Rodríguez-Pinzón señala que la aplicación de la fórmula de la cuarta instancia ha jugado un papel importante en los diferentes procesos de transición a la democracia en el hemisferio y que, en su aplicación la CIDH, siempre que no se aleguen violaciones graves a determinados derechos como el derecho a la vida o la integridad personal, ha concedido “cierto grado de deferencia a las cortes nacionales en aquellos Estados con sistemas judiciales que funcionan en el marco de una sociedad democrática” y sometido a un mayor escrutinio a los Estados “con regímenes autoritarios o aquellos en los

GUEVARA, José (coords.), Fontamara-Universidad Iberoamericana-Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, México, 2004, pp. 199 y ss.

⁷⁴⁰ Al respecto, véase en general, CIDH, *Informe No. 02/05, Petición 11.618 Admisibilidad, Carlos Alberto Mohamed (Argentina)* 22 de febrero de 2005, párrs. 32; *Informe No. 4/02 Admisibilidad, Petición 11.685, Ricardo Neira González (Argentina)*, 27 de febrero de 2002, en *Informe Anual de la CIDH, 2002*, párr. 39; *Informe No. 7/01, Caso 11.716 Güelfi (Panamá)*, 23 de febrero de 2002, *Informe Anual de la CIDH, 2000*, párr. 20; *Informe No. 101/00, Caso 11.630 Arauz y otros (Nicaragua)*, 16 de octubre de 2000 en *Informe Anual de la CIDH, 2000*, párr. 56; *Informe No. 39/96, Caso 11.673, Manzioni (Argentina)*, 15 de octubre de 1996, en *Informe Anual de la CIDH, 1996*, párrs. 50 y 51. En sus orígenes la “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la CIDH en el *Caso Clifton Wright, Caso 9260 (Jamaica)*, *Informe No. 28/88, Informe Anual de la CIH 1987-1988*.

que se cuestiona la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial”. Por ello, concluye Rodríguez-Pinzón, la doctrina de la “cuarta instancia” está relacionada con “la existencia de un Poder Judicial funcional y confiere un margen de discreción a las cortes domésticas para estimar, por ejemplo, el valor de las pruebas o el establecimiento de la ley aplicable a un caso.” Desde esta perspectiva, la fórmula envía a los Estados con problemas en sus poderes judiciales el mensaje de que mejorando sus sistemas de administración de justicia pueden evitar ser sujetos al escrutinio de las instancias internacionales de control.⁷⁴¹

Por cuanto hace a la jurisprudencia de la Corte IDH, ésta se ha pronunciado también en diferentes oportunidades respecto de la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos y de sus facultades para revisar las decisiones dictadas por los órganos judiciales internos, tanto a partir de los principios generales que rigen la responsabilidad internacional del Estado⁷⁴² como sobre la base de la “fórmula de la cuarta instancia”.

Así, la Corte IDH ha reiterado que “la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementaria, razón por la cual la Corte no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’ [ello] implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos.” Con base en lo anterior, la Corte ha sostenido que, en principio, “corresponde a

⁷⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 201-202. Algunas críticas a la aplicación discrecional de la “fórmula” por la CIDH en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Jurisdicción internacional de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la fórmula de la cuarta instancia” *Boletín Informativo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, No. 163, Noviembre 1999, pp. 12-16.

⁷⁴² En diversos casos en que la Corte IDH ha sido llamada a determinar si en un proceso interno que desembocó en una sentencia condenatoria se siguieron las garantías del debido proceso (tal como lo exige el artículo 8 de la Convención Americana) así como si las víctimas de la presunta violación tuvieron acceso a un recurso efectivo (en los términos de su artículo 25, ambos en relación con el artículo 1.1. y 2 de la misma Convención), la Corte IDH ha reiterado que en los casos en que se cuestiona lo actuado en el marco de un proceso interno “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos no funcionan como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos. Su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana.” Entre otros, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 62; *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 120; *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 189; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 222.

los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”.⁷⁴³

Además, la Corte IDH en numerosas ocasiones ha precisado que “el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores”;⁷⁴⁴ de igual forma, “al examinar el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno”, lo que supone en ocasiones, por ejemplo, “verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre [...] derechos en conflicto, sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”⁷⁴⁵ o verificar si una detención fue legal.⁷⁴⁶

Adicionalmente, la Corte IDH ha recordado que “a diferencia de un tribunal penal, para establecer que se ha producido una violación de los derechos contemplados en la Convención no es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios”.⁷⁴⁷ En congruencia con lo anterior, la Corte precisa que

si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente. No obstante, para que esta excepción fuese procedente, sería necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió

⁷⁴³ Entre otros, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, pár. 81; *Caso Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013, pár. 140 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, pár. 16. En el mismo sentido: *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 222; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 181.

⁷⁴⁴ Entre otros, *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 49 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, pár. 19.

⁷⁴⁵ *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013, pár. 140.

⁷⁴⁶ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, pár. 16.

⁷⁴⁷ Entre otros, *Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, pár. 81.

en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal.

Por el contrario, sí compete a la Corte verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal [...] Ello sucede porque, si se reclama que un fallo ha sido incorrecto en virtud de la violación del debido proceso, la Corte no podrá referirse a esta solicitud en la forma de una excepción preliminar, ya que deberá considerar el fondo del asunto y determinar si este derecho convencional fue o no violado.⁷⁴⁸

Por ejemplo, en el *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, el Estado alegó la incompetencia “de un organismo constituido por personas ajenas a la sociedad peruana [para] cuestionar [el] orden jurídico” de ese Estado y la Corte IDH se limitó a señalar que tales expresiones “no son congruentes con las obligaciones contraídas por el Estado de acuerdo con la Convención.” Asimismo, el Estado cuestionó la competencia de la Corte IDH, con el argumento según el cual las instancias internacionales no pueden revisar decisiones internas que tienen la autoridad de cosa juzgada, pues ello provocaría el “debilitamiento” o la “desestabilización” de las instancias nacionales. Al respecto, la Corte IDH reiteró que al suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de los órganos del sistema interamericano los Estados, aceptan, en ejercicio de su soberanía, las obligaciones convencionales consagradas en el instrumento, y se obligan, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de tales procedimientos. Sobre el argumento según el cual la pena privativa de libertad impuesta al señor Cesti Hurtado por los tribunales nacionales “es un mérito de una sentencia que goza de la autoridad de cosa juzgada por cuanto ha sido revisada en última instancia del fuero militar” y por tanto es “inamovible” e “irrevocable”, la Corte IDH señaló que el fin del DIDH es proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado y dado que en la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son por definición, distintas a las de la jurisdicción interna, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no era si la supuesta víctima había violado la ley peruana, sino si el Perú había

⁷⁴⁸ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrs. 18 y 19.

violado las obligaciones internacionales, cuestión que al final la Corte IDH, en efecto, determinó.⁷⁴⁹

Más recientemente, en el *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, la Corte IDH desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la “prohibición de la cuarta instancia”, a fin de cuestionar la competencia de la Corte IDH para revisar decisiones adoptadas por las más altas cortes de un Estado, al encontrarse pendiente ante el Supremo Tribunal Federal una Acción de Incumplimiento en contra de la Ley de Amnistía (resuelta con posterioridad a la contestación de la demanda, declarándola improcedente, al estimarse “necesaria en el proceso de reconciliación y redemocratización del país” y que “no se trató de una autoamnistía), siendo que dicha acción habría “respetado el debido proceso legal, fue transparente, permitió la participación de todos los interesados y garantizó la imparcialidad e independencia judicial”, alegando también el carácter subsidiario de actuación de los órganos del Sistema Interamericano, “que no pueden constituirse como tribunales de alzada para examinar alegados errores de hecho o de derecho cometidos por tribunales nacionales que hayan actuado dentro de sus competencias”. Al respecto, los representantes de las víctimas si bien “coincidieron con el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional, consideraron que el análisis del conjunto de los elementos que constituirían violaciones continuadas a los derechos de las víctimas y de sus familiares es esencial para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado”.⁷⁵⁰

Al respecto, la Corte IDH señaló que la demanda de la CIDH “no busca revisar la sentencia del Supremo Tribunal Federal, decisión que ni siquiera había sido emitida cuando dicho órgano presentó su demanda [fue un hecho superveniente], sino que pretende que se establezca si el Estado violó determinadas obligaciones internacionales establecidas en diversos preceptos de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas”, por lo que en el caso la Corte IDH “no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento

⁷⁴⁹ *Caso Cesti Hurtado, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de enero de 1999, Serie C No. 49, párrs. 39-47.

⁷⁵⁰ *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrs. 43-45.

No. 153, sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. En consecuencia, los alegatos referentes a esta excepción son cuestiones relacionadas directamente con el fondo de la controversia, que pueden ser examinados por este Tribunal a la luz de la Convención Americana sin contravenir la regla de la cuarta instancia.”⁷⁵¹

El principio de la cuarta instancia también ha servido al tribunal para precisar sus facultades para valorar ciertos hechos e individualizar sanciones con base en ellos. En el caso *Caso Mémoli vs. Argentina*, la Corte IDH examinó la compatibilidad con la CADH de las responsabilidades ulteriores establecidas a los señores Mémoli por injurias contra los miembros de la Comisión Directiva de la Sociedad Italiana, y estimó, por mayoría de votos, que el Estado no violó el artículo 13 de la CADH (libertad de expresión), y destacó que “no le corresponde analizar si en el examen de las referidas intervenciones públicas, por medio de artículos de prensa o programas de radio, los señores Mémoli efectivamente cometieron injurias contra los miembros de la Comisión Directiva de la Sociedad Italiana. Ello es competencia de los tribunales internos. Lo que corresponde a este Tribunal es examinar si al establecerse responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión, el Estado respetó y garantizó los requisitos convencionales al respecto [previsión legal de la medida, que su objetivo esté permitido y ser necesaria en una sociedad democrática].”⁷⁵²

Los señores Mémoli fueron condenados por expresiones contenidas en siete intervenciones que, tanto el Juzgado de primera instancia como la Sala de segunda instancia, consideraron que deshonraban o desacreditaban el honor o la reputación de los querellantes, con fundamento en una norma legal destinada a proteger una finalidad legítima y compatible con la Convención, como lo es la protección de la honra y la reputación de otras personas. Además, al analizar la necesidad de la medida, la Corte IDH consideró que las autoridades judiciales tanto en primera como en segunda instancia examinaron minuciosamente las características de las expresiones de los señores Mémoli por las cuales habían sido denunciados y la necesidad de ser sancionadas, asimismo, los

⁷⁵¹ *Ídem*, párrs.48 y 49.

⁷⁵² *Caso Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013, pár. 129.

tribunales internos constataron la existencia de *animus injuriandi* o dolo respecto de dichas expresiones y tomó nota de las consideraciones de las autoridades judiciales internas respecto al carácter no absoluto del derecho a la libertad de expresión. A juicio del Tribunal, “dicho examen constituyó una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificaba el establecimiento de responsabilidades ulteriores en su perjuicio. Dada la naturaleza del procedimiento ante la Corte, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no han tenido participación en el mismo. Por tanto, este Tribunal considera que en el presente caso las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro” y teniendo en cuenta que las autoridades judiciales internas concluyeron que ciertos calificativos empleados por los señores Mémoli “lesionaron innecesariamente la reputación de los querellantes”, la Corte observa que el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el presente caso constituye el cumplimiento por parte del Estado de la obligación establecida en el artículo 11.3 de la Convención, por la cual debe proteger a las personas contra ataques abusivos a su honra y su reputación”.

Finalmente, la Corte IDH consideró, respecto a la sanción impuesta, que “no puede sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, sin perjuicio de su deber de analizar la necesidad de que dichas sanciones cumplan con los requisitos para el establecimiento de responsabilidad ulteriores, de acuerdo al artículo 13.2 de la Convención Americana y la jurisprudencia de esta Corte”, sanciones que estimó “no fueron desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión”, considerando que no se trató de expresiones que ameritarán una protección reforzada por ser de interés público, “pues no involucraban a funcionarios o figuras públicas ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado” pues se produjeron en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una asociación de carácter privado, sin ser de interés general de la población, siendo que “dos instancias judiciales internas analizaron y rechazaron este alegato, no considerándolo una razón suficiente para justificar las expresiones deshonrosas o desacreditantes contra la reputación de los querellantes”, por lo que “la Corte no encuentra justificado en un caso como el presente sustituir o dejar sin

efecto la decisión de los tribunales internos en este sentido”, pues incluso el asunto que supuestamente sería de “interés público”, “fue examinado por la justicia en un proceso independiente, así como por la entidad supervisora competente”.⁷⁵³

En el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,⁷⁵⁴ por primera vez, un Estado alegó la incompetencia de la Corte IDH, no por la imposibilidad de conocer un asunto que ya ha sido resuelto en definitiva por un tribunal interno, sino porque los tribunales nacionales realizaron un adecuado “control de convencionalidad”. Como lo destacó el juez Eduardo Ferrer en su voto razonado, “es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el ‘control de convencionalidad’ en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana”.⁷⁵⁵

En sus alegaciones, el Estado opuso como excepción preliminar la “incompetencia” de la Corte para conocer de los méritos de la demanda a la luz del principio de cuarta instancia, por considerar que “no puede determinar si los tribunales nacionales aplicaron correctamente el derecho interno o si el fallo emitido fue equivocado o injusto [...] sólo debería determinar si el proceso judicial penal se apegó a los principios de garantía y protección judicial consagrados en la Convención Americana o si existe algún error judicial

753 *Ídem*, párrs. 141-147. Los jueces Manuel E. Ventura, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor disintieron parcialmente de la sentencia, por considerar que no se realizó un juicio de proporcionalidad o ponderación entre el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y la necesidad de las responsabilidades ulteriores o sanciones decretadas por el juez interno por las declaraciones que se formularon al amparo del mismo, limitándose a señalar la sentencia que “es a la jurisdicción interna del Estado a la que le compete realizar el examen de los hechos correspondientes” por estar “*en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro*” aceptando como válida tal decisión de la jurisdicción interna. Los jueces disidentes advierten que “el asunto a resolver en autos es si el juez penal nacional, al conocer y fallar en este asunto, realizó un correcto control de convencionalidad sobre la necesidad de las responsabilidades para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, es decir, no si se aplicó correctamente la sanción penal conforme al derecho interno del Estado, sino si lo hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Convención. Y ello no ocurrió así”. *Cfr.* Voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Manuel Ventura, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013.

754 *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

755 Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párrs. 4-6.

comprobable y comprobado que acredite una grave injusticia”, cuestión que, en su concepto no habría sucedido dado que los señores Cabrera y Montiel interpusieron “un recurso para inconformarse por la formal prisión en su contra, recurso con el que obtuvieron resultados parcialmente favorables”, y que “también tuvieron acceso a instancias en las que pudieron apelar el fallo condenatorio de primera instancia y a otras más para recurrir las determinaciones posteriores, recursos con los que también fueron beneficiados” por lo que “la totalidad de los actos u omisiones del Estado” aducidos como violatorios de la CADH ya habrían sido “valorados y determinados por órganos judiciales mexicanos independientes e imparciales a través de recursos efectivos y eficaces y con pleno respeto al derecho de garantía y protección judicial”. De esta forma, a diferencia de otros casos, en el presente “se buscaría revisar lo ya decidido por los tribunales domésticos”, pues éstos habrían ejercido “efectivamente el ‘control de convencionalidad’ *ex officio*, que debe imperar para ser procedente una excepción de cuarta instancia”.⁷⁵⁶

Al respecto, la Corte IDH reiteró los criterios ya enunciados respecto a su naturaleza como tribunal internacional y desestimó la excepción preliminar por considerar que la misma estaba relacionada con el fondo del asunto, toda vez que el Estado “toma como punto de partida que no ha existido ninguna violación de derechos humanos en el presente caso, cuando es precisamente ello lo que se debatirá en el fondo del asunto”, dicha conclusión, continúa el Tribunal, “no se modifica por el hecho de que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana [pues] será en la etapa de fondo en la que se determinará si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable”.⁷⁵⁷

Por otra parte, sobre el efecto de las sentencias de la Corte IDH, es necesario destacar que, independientemente de las cuestiones que puedan surgir respecto de si una instancia internacional actúa o no como una “cuarta o última instancia”, los Estados han de reconocer el carácter imperativo de dichas sentencias sobre las resoluciones de cualquier autoridad estatal, incluyendo las sentencias de sus tribunales, independientemente de su

⁷⁵⁶ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12-13.

⁷⁵⁷ *Ídem*, párrs. 20-22.

jerarquía en el orden interno. En consecuencia, los Estados deben emitir los actos, leyes o procedimientos necesarios para cumplir cabalmente las sentencias de la Corte IDH, incluyendo aquellos supuestos que involucren la revisión de actuaciones y sentencias judiciales. Como expresa el García Ramírez, “esta conclusión, que se atiende al propósito mismo de una jurisdicción internacional de derechos humanos no necesita articularse sobre los conceptos tradicionales de tercero o cuarta instancia o casación doméstica.”⁷⁵⁸

Finalmente, si bien el criterio general en virtud del cual la Corte IDH, como tribunal internacional, puede revisar la integridad de un procedimiento interno (con el objeto de determinar la existencia de una violación al debido proceso) es fundamental para entender el rol subsidiario del DIDH, y en principio parece clara la cuestión relativa al grado de análisis que la Corte puede hacer respecto de las sentencias y procedimientos internos (p.e. respecto de cuestiones como la “cosa juzgada fraudulenta” o las violaciones al debido proceso legal evidentes, como la independencia e imparcialidad, el plazo razonable, el derecho a un juez natural, la presunción de inocencia, la prohibición de la tortura, etc.) está lejos de resultar unánime respecto de ciertas cuestiones procesales internas.

Así, por ejemplo, en el *Caso Lori Berenson vs. Perú*,⁷⁵⁹ la Corte IDH consideró ilegal, por diferentes razones, el juicio seguido a la víctima ante los tribunales militares, pero estimó que no había existido violación a las normas del debido proceso en los juicios ordinarios, pese a las alegaciones de la CIDH y los representantes de la víctima, quienes argumentaron que en la tramitación del juicio ordinario se habían utilizado pruebas recabadas durante el proceso militar en violación a las normas del debido proceso, y por tanto, la sentencia que condenó a la señora Lori Berenson en el fuero ordinario carecía de motivación, toda vez que no se anunciaron los medios probatorios en que se fundó la decisión ni mucho menos se analizó el valor que les fue otorgado. Para llegar a sus conclusiones, la Corte IDH analizó las cuestiones relativas a la incorporación de la prueba en el proceso ordinario. Esta cuestión fue objeto de cuestionamiento por la jueza Medina Quiroga, en su voto disidente, al considerar que “las facultades de la Corte para la revisión de los procesos nacionales son limitadas”, dado que cuando un asunto llega a la Corte ha

⁷⁵⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003, p. 543.

⁷⁵⁹ *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119.

sido ya resuelto por los tribunales nacionales y éstos “han conocido del caso y recogido las pruebas del mismo de manera inmediata y, por lo tanto, no es permisible que el órgano internacional, que tiene una intervención *a posteriori* y que no participa de manera directa y personal en la recolección de la prueba, pueda reevaluar la prueba y juzgar el caso nuevamente”. En este sentido, la Corte “no evalúa nuevamente la prueba del juicio [interno] cuestionado”, lo que examina es si ha habido una infracción de las normas procesales básicas establecidas en el artículo 8.” Por ello, la jueza Medina cuestiona el hecho de que la Corte IDH, una vez declarada la violación de las normas del debido proceso ante los tribunales militares y al analizar los procedimientos ordinarios se haya limitado a mencionar sólo las actuaciones procesales realizadas directamente ante los órganos de la justicia ordinaria y no así las pruebas recabadas en el proceso militar, reconocidas como inválidas por la propia Corte, y que habrían sido empleadas en el proceso penal ordinario. En opinión de la Jueza Medina una separación de las pruebas de esta manera “lleva implícita la idea de que la Corte Interamericana tenía la facultad y estaba en condiciones de distinguir entre pruebas que se usaron para decidir la condena de la señora Berenson y las que no se tomaron en consideración y que podía, entonces, decidir que habiéndose recurrido sólo a pruebas válidas, el proceso ante el fuero común no violaba el artículo 8 de la Convención.” Ello porque, entre otras razones, “la Corte no tiene facultades para distinguir entre pruebas” por lo que se debió declarar que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas, adoleciendo el segundo juicio de una falla substancial en materia de debido proceso, debiéndose declarar que la sentencia no tenía validez y en consecuencia que la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson.”⁷⁶⁰

Este diferendo, pone de manifiesto lo complejo que puede resultar en ciertos casos el análisis de los procesos internos por las instancias internacionales y los aspectos sensibles respecto del análisis de la incorporación de pruebas en los procesos ordinarios. Otra cuestión que resulta interesante, que ya ha sido apuntada, es la relativa a la necesidad o

⁷⁶⁰ Voto Disidente de la Jueza Medina Quiroga en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso *Lori Berenson Mejía*, de 25 de Noviembre de 2004, párrs. XII-XV.

no de que la Corte IDH se pronuncie y declare la responsabilidad internacional de un Estado cuando ésta ya ha sido declarada por un tribunal estatal.

En el *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, la CIDH solicitó a la Corte IDH que declarara la violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención en perjuicio de determinadas personas, ello sobre la base de que en el acervo probatorio existían diversas sentencias firmes de tribunales nacionales que declararon y confirmaron la responsabilidad del Estado por la muerte de tales personas y condenaron al pago de daños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. En consecuencia, la CIDH solicitó dar por terminada la controversia (respecto de la violación del artículo 4) y tener por acreditada la responsabilidad del Estado reconocida en el derecho interno por los Tribunales estatales. Lo anterior motivo a la Corte IDH a cuestionar las razones que llevaban a la CIDH a solicitar la declaración de responsabilidad internacional, que ya había sido declarada por los jueces internos, ahora al tribunal internacional. La Corte IDH, por mayoría de votos, resolvió que si los tribunales nacionales han decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de determinadas personas y las sentencias que así lo deciden no han sido objetadas en este aspecto por las partes, la responsabilidad del Estado quedó establecida en virtud del principio de “cosa juzgada” y por tanto no cabría a la Corte IDH pronunciarse al respecto.⁷⁶¹ Lo anterior en virtud de que cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, “no es necesario traerla a esta Corte para su ‘aprobación’ o ‘confirmación’”.⁷⁶² En consecuencia la Corte IDH, por mayoría de votos, declaró que la responsabilidad del Estado por la muerte de las víctimas, correspondiente a la violación del artículo 4 de la CDH, “quedó establecida por las dos sentencias definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fechas 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996.”⁷⁶³

⁷⁶¹ Corte IDH, *Caso Las Palmeras*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 34.

⁷⁶² *Ídem*, párr. 33.

⁷⁶³ *Ídem*, párr. 71, Punto resolutivo 1. En su Voto Razonado Conjunto, los Jueces Sergio García Ramírez, Hernán Salgado Pesantes y Alirio Abreu Burelli consideraron, entre otras cosas que “la jurisdicción administrativa de Colombia ha reconocido, en dos instancias, la ilicitud de los hechos y la responsabilidad del Estado, dictando las correspondientes sentencias condenatorias [y] ante la Corte Interamericana, el representante de Colombia reconoció los hechos y aceptó la responsabilidad del Estado”, por lo que “las sentencias de órganos colombianos de la jurisdicción administrativa implican, para los efectos del presente caso, que ya existe condena contra el Estado. Si no la hubiere, sería procedente que la Corte Interamericana se

En el asunto dos jueces disintieron del parecer de la mayoría considerando como “imprescindible que la propia Corte Interamericana determine la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana, sin que sea necesario hacer un *renvoi* a decisiones de tribunales nacionales.” En sus argumentos los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez señalaron, que “la responsabilidad del Estado en derecho interno no coincide necesariamente con su responsabilidad en derecho internacional” y si bien es un “hecho positivo” que los tribunales internos declaren la responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones a los derechos humanos, a la luz de la CADH, tal declaración no es suficiente, y aún menos definitiva, en tanto que “el principio de *res judicata* en derecho interno no es vinculante para un tribunal internacional como la Corte Interamericana y cabe a esta última determinar *motu proprio* la responsabilidad del Estado Parte por violación de la Convención Americana.” En opinión de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, desde la óptica de la Corte IDH, “lo único *definitivo* es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado. Nadie cuestiona el principio de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional, la cual se refiere específicamente a los *mecanismos* de protección; tampoco hay que perder de vista que, en el plano sustantivo, en el presente dominio de protección las normas de los ordenamientos jurídicos internacional e interno se encuentran en constante *interacción*, en beneficio de los seres humanos protegidos.”⁷⁶⁴

Los anteriores son sólo algunos ejemplos de cómo ha operado en la práctica “la fórmula de la cuarta o última instancia” y cuáles han sido los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de considerar las actuaciones de los órganos judiciales nacionales. Existen otros casos en los que el tribunal interamericano ha cumplido

pronunciase sobre este punto, en la inteligencia de que quienes suscriben este voto consideran que dicho pronunciamiento sería, con toda certeza, declarativo de que hubo violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana”.

⁷⁶⁴ *Caso Las Palmeras*, cit., Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y M. Pacheco Gómez, párr. 2. En su voto razonado los jueces agregan que “una cosa es actuar como tribunal de apelaciones o casación de las decisiones de los tribunales en el marco del derecho interno, lo que la Corte Interamericana no puede hacer. Otra cosa, enteramente distinta, es proceder, en el contexto de un caso contencioso concreto (en el cual se estableció la existencia de víctimas de violaciones de los derechos humanos), a la determinación de la compatibilidad o no con las disposiciones de la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales, lo que la Corte Interamericana sí puede, y debe hacer”. Voto razonado conjunto, párrs. 6, 12 y 13.

también su papel complementario y subsidiario no sólo en la revisión de las actuaciones judiciales internas sino también para la protección de la independencia de los tribunales nacionales. Asimismo, en diversas ocasiones la Corte IDH ha considerado los criterios sostenidos por los tribunales nacionales sobre cuestiones del derecho interno así como respecto a la calificación jurídica de los hechos a efecto de determinar la responsabilidad estatal en la comisión de los mismos.⁷⁶⁵ Además, la Corte IDH ha contribuido a reafirmar y fortalecer la independencia de los tribunales nacionales⁷⁶⁶ y a reafirmar la obligación de respeto, debido cumplimiento y ejecución de las decisiones judiciales tanto nacionales como internacionales.⁷⁶⁷

B) La regla del previo agotamiento de los recursos internos

Una vez comprendida la naturaleza y la razón de ser de las instancias internacionales de supervisión del DIDH, es mucho más sencillo identificar la forma en que operan los sistemas internacionales de protección de la persona humana y los requisitos procesales que han de seguirse antes de acudir a una instancia internacional. Entre ellos, el principio del previo agotamiento de los recursos internos es el que mejor representa la naturaleza subsidiaria del DIDH en su dimensión procesal.

De cierto modo, como señala Héctor Faúndez Ledesma, la regla del agotamiento previo de los recursos internos es la contrapartida del derecho de petición individual ante una instancia internacional, pues si bien los Estados han accedido a que los individuos o grupos de individuos puedan presentar ante ciertos mecanismos de control internacional (como la CIDH o el TEDH) peticiones que contengan denuncias de violaciones de los derechos humanos consagrados en los respectivos tratados, ello ha sido a condición de que

⁷⁶⁵ Por ejemplo, *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párrs. 125 y ss; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 117 y ss.

⁷⁶⁶ Entre otros, *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71. En este caso la Corte IDH consideró que la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional como producto de una sanción por el Poder Legislativo era, en los supuestos del caso, contraria al principio de independencia del Poder Judicial y a las normas del debido proceso.

⁷⁶⁷ Por ejemplo, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98. En este caso la Corte IDH consideró que el hecho de que el Estado se abstuviera de adoptar las medidas necesarias para la plena ejecución de las sentencias de sus propios tribunales era contrario al artículo 2 de la Convención Americana.

cualquier eventual reclamante haya agotado previamente la vía interna.⁷⁶⁸ Sin embargo, esta regla no es absoluta sino que admite excepciones y guarda íntima relación con el deber de los Estados de establecer recursos judiciales efectivos contra las violaciones a los derechos humanos.

La regla de agotamiento de los recursos internos es la regla internacional por virtud de la cual se concede a los Estados la oportunidad de reparar las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito en el ámbito de su propio sistema jurídico interno antes de que se pueda cuestionar su responsabilidad en el plano internacional. En este sentido, como ha declarado la CIJ, la regla de que los recursos locales deben agotarse antes de poder establecerse procedimientos internacionales es “una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida” que garantiza que el Estado en que haya tenido lugar la infracción tenga la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento interno.⁷⁶⁹

Asimismo, en el ámbito del DIDH, el TEDH ha reconocido que “[l]a regla del agotamiento de la vía de los recursos internos que dispensa a los Estados de responder de sus actos ante un órgano internacional antes de haber podido remediarlo dentro de su orden jurídico interno, figura [...] entre los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos”.⁷⁷⁰ Por su parte, la Corte IDH ha señalado que esta regla permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria de la interna.”⁷⁷¹

El origen de esta regla se remonta a la antigua práctica de represalias (siglos IX a XVII) y posteriormente, en los tiempos modernos, se desarrolla en el ámbito de la protección diplomática.⁷⁷² En el DI, la regla de agotamiento de los recursos internos

⁷⁶⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2ª ed., San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 227.

⁷⁶⁹ CIJ, *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Objeciones Preliminares, Sentencia de 21 de marzo de 1959, *Reports* 1959, p. 27.

⁷⁷⁰ TEDH, *Casos De Wilde, Ooms y Versyp*, Sentencia de 18 de junio de 1971, párr. 50.

⁷⁷¹ *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 61 y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 64.

⁷⁷² Para una revisión del origen y desarrollo de la regla véase: AMERASINGHE, Felix, *Local Remedies in International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2004; CANÇADO TRINDADE, A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its Rationale in the International*

evolució históricamente en el campo del derecho de la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros. En ese contexto, recuerda Antônio Cançado Trindade, la regla era invocada por el Estado "reclamado" antes del ejercicio de la protección diplomática por el Estado que patrocinaba la causa de su nacional en el exterior. La razón de ser de la regla respondía a la necesidad de respetar el principio de soberanía estatal y la igualdad soberana de los Estados. La cuestión se situaba en el ámbito de las relaciones entre Estados como sujetos de derecho internacional en ejercicio de su derecho a hacer prevalecer las normas de derecho internacional en la figura de sus nacionales, tal como lo señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Mavrommatis*.⁷⁷³ Por tanto, si bien los hechos que motivaban la reclamación internacional tenían generalmente su origen en una relación privada entre un extranjero y un Estado, posteriormente el conflicto se "internacionalizaba" con la intervención del Estado de la nacionalidad del extranjero en ejercicio de la protección diplomática, aunque el deber de agotamiento de los recursos internos recaía en la figura del extranjero afectado.⁷⁷⁴

En su evolución histórica, la regla de agotamiento de los recursos internos tuvo un carácter esencialmente preventivo, como *conditio sine qua non* para el ejercicio de represalias o para el ejercicio de la protección diplomática. En los países americanos esta regla se expresó en el contexto más amplio del deber de no intervención a través de la denominada "cláusula Calvo."⁷⁷⁵ En este contexto, la regla revistió más un carácter

Protection of Individual Rights, Cambridge University Press, 1983. Del mismo A. CANÇADO, *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984; LAW, Castor H. P., *The Local Remedies Rule in International Law*, Droz, Ginebra, 1961.

⁷⁷³ C.P.J.I., *Mavrommatis Palestine Concession*, P.C.I.J. Reports 1925, Serie A, No. 5, p. 12. En la actualidad se considera que un Estado cuando hace uso de su derecho a ejercer la protección diplomática lo hace en nombre de su nacional y no para asegurar el respecto de un derecho propio en la persona de éste. Aunque el tema está en discusión. Al respecto véanse los diferentes informes de la Comisión de Derecho Internacional en el capítulo relativo a la "Protección Diplomática", en particular los rendidos en los años 2004 y 2005, así como el *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática* aprobado por la CDI en Primera Lectura (2004). De conformidad con artículo 1 del Proyecto la protección diplomática "consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado." CDI, *Report on the work of its fifty-sixth session (3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004)*, General Assembly Official Records, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10). Disponible en el sitio web de Naciones Unidas: www.un.org

⁷⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷⁵ Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso, "Cláusula Calvo" en *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 41 y ss.

sustantivo, subordinando la responsabilidad del Estado al previo agotamiento de los recursos internos disponibles. Con el desarrollo progresivo de la regla, a partir de su adopción en distintos instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos,⁷⁷⁶ no sólo se dejó de lado la nacionalidad como vínculo jurídico para el ejercicio de la protección internacional de tales derechos, sino que la regla del previo agotamiento de los recursos internos empezó a operar como una excepción procesal, diferente al carácter sustantivo que pudiera adoptar en el ámbito de la protección diplomática.⁷⁷⁷ De esta forma, mientras la regla del agotamiento previo de los recursos internos en el contexto de la protección diplomática se fundamenta en el principio de soberanía estatal y procura preservar principalmente el interés de los Estados involucrados, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla se basa en el principio de subsidiariedad y procura proteger no sólo los intereses del Estado sino también de los individuos.⁷⁷⁸

En la actualidad si bien no existe un consenso absoluto respecto de si los principios generales de DI que rigen la aplicación de la regla en el ámbito del DIDH son independientes y autónomos de aquellos aplicables en el marco de la protección diplomática, sí se reconoce la importancia del diferente contexto en el que se aplica.⁷⁷⁹ En cualquier caso, se asuma la tesis de la existencia de principios independientes que rigen la aplicación de la regla en el DIDH o no, parece innegable que la regla de agotamiento de los

⁷⁷⁶ Entre los diferentes instrumentos internacionales que se refieren a la regla están: Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 5), Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 35), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 8), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 50 y 56), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (arts 11 y 14), Convención contra la Tortura y otras penas crueles, Inhumanas o Degradantes (arts. 21 y 22), Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 4).

⁷⁷⁷ Sobre la discusión respecto de la naturaleza de la regla como una cuestión de fondo o como una cuestión de procedimiento véase también: GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso, “Significación jurídica en el Derecho Internacional de la regla del ‘previo agotamiento de los recursos internos’”, en *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 141 y ss. LAW, Castor, *The Local Remedies Rule in International Law*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁷⁷⁸ Cfr. MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, “Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights”, B. Conforti, *et al.* (eds.), *The Italian Yearbook of International Law*, Volume X (2000), p. 24.

⁷⁷⁹ Cfr. AMERASINGHE, Felix, *Local Remedies in International Law*, *op cit.*, pp. 430 y ss., y MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, “Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 17-43.

recursos internos en el marco de la protección internacional de los derechos humanos tiene una "racionalidad" propia del sistema de protección, confirmada por la jurisprudencial internacional, orientada a una aplicación flexible y sin formalismos excesivos por no ser una regla absoluta ni de aplicación automática.

De esta forma, se debe tomar en cuenta no sólo la existencia formal de los recursos sino también, y principalmente, las circunstancias particulares de cada caso.⁷⁸⁰ En palabras de Antônio Cançado Trindade, la evolución de la regla ha de ser apreciada con atención en los contextos específicos de su incidencia y aplicación. En el contexto de la protección diplomática la regla operó como una objeción sustantiva, impidiendo la intervención, mientras que en la práctica internacional contemporánea en materia de protección de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos ha operado como una objeción dilatoria o temporal de naturaleza procesal que afecta el derecho de acción ante una instancia internacional.⁷⁸¹

Por ello, en la práctica la regla toma la forma de una excepción contra la jurisdicción del tribunal u órgano llamado a dirimir el conflicto, pudiendo el Estado, por ser un derecho, incluso renunciar expresa o tácitamente a invocarla ante la jurisdicción internacional. Sin embargo, el carácter procesal de la regla no la exenta de complejidades al momento de su aplicación. Como señala Héctor Faúndez, el agotamiento de los recursos internos es una de las condiciones de admisibilidad que plantea mayores dificultades en la práctica y que genera más controversia en cuanto a la interpretación de su naturaleza,

780 Cfr. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, op. cit., pp. 46 y ss.

781 CANÇADO TRINDADE, "O Esgotamento dos recursos internos e a evolução de 'Vitima' no direito internacional dos Direitos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 3, enero-junio, San José, Costa Rica, 1986, p. 57. En la actualidad en el ámbito del derecho internacional general la regla se considera dentro de las cuestiones de admisibilidad de una reclamación internacional y no como un elemento que determine el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, en consecuencia se reconoce como una "excepción procesal" y no como una cuestión de "fondo del asunto." Los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, el 9 de agosto de 2001, establecen en su artículo 44.b), relativo a la "Admisibilidad de la reclamación" que la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada si "la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas." Para consultar el texto de los artículos y sus comentarios véase: CRAWFORD; James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentario*, Dykinson, 2004.

alcance y efectos que en ocasiones hacen difícil determinar cuáles son los recursos disponibles que los peticionarios están obligados a agotar en cada caso.⁷⁸²

En el marco del sistema interamericano, el artículo 46.1.a de la CADH dispone que, para que sea admisible una denuncia o comunicación presentada ante la CIDH de conformidad con los artículos 44 y 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Asimismo, en la segunda parte de ese mismo artículo (art. 46.2) se establece que no se aplicará tal requisito cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Siguiendo los principios de derecho internacional a que alude el texto del artículo 46, la Corte IDH ha sostenido, siguiendo a su homóloga europea, que "la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios." Se le ha considerado así, continúa la Corte, como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia una vez producida es irrevocable.⁷⁸³

En este sentido, la regla no es sino una condición de admisibilidad de la petición o comunicación y como tal debe plantearse en el momento procesal oportuno, siendo éste, en el caso del sistema interamericano, el momento de la admisión y trámite de la petición por parte de la CIDH.⁷⁸⁴ En este sentido, la jurisprudencia constante de la Corte IDH constata

782 FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, op. cit., p. 229.

783 Corte IDH, *Asunto Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, párr. 26, pp. 22-23. Recientemente, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278, párrs. 77, 83, 84.

784 En principio corresponde al peticionario señalar si se han agotado las instancias internas y es deber de la CIDH verificar tal requisito de admisibilidad (arts. 28 y 31). Sin embargo, tal como dispone el artículo 31(3) del Reglamento de la Comisión Interamericana, cuando un peticionario alega que no le es posible probar el agotamiento, se transfiere al Estado la carga de probar que no se agotaron anteriormente los recursos previstos en el derecho interno, a menos que ello resulte en forma manifiesta del expediente en cuestión. *Cfr.* entre

que “la excepción de la falta de agotamiento de recursos internos debe alegarse ante la Comisión en su debida oportunidad.”⁷⁸⁵ De no ser así se tendrá por renunciado tácitamente el derecho de alegarla y el Estado no podrá invocarla posteriormente ante la Comisión o la Corte IDH, en virtud del principio del *estoppel* según el cual una parte en un litigio que ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera.⁷⁸⁶

La Corte IDH ha reiterado que el Estado que alega el no agotamiento de los recursos internos tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y la prueba de su efectividad. De tal forma que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones previstas en el artículo 46.2 de la Convención.⁷⁸⁷ En síntesis, la jurisprudencia constante de la Corte IDH ha establecido ciertos criterios que han de considerarse como expresión de los principios fundamentales en la materia:

En efecto, de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de la regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.⁷⁸⁸

otros, CIDH, *Informe No. 15/04, Petición 0518/2001, Admisibilidad, Derrick Tracey (Jamaica)*, 27 de febrero de 2004, párr. 30.

⁷⁸⁵ *Caso Ximenes Lopes vs. República Federativa de Brasil*, Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, Serie C No. 139, párr. 9.

⁷⁸⁶ Entre otros, *Caso Neira Alegría y Otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, Serie C No. 13, párr. 29, *Caso La Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tz'utuj, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 1º de febrero de 2000, Serie C No. 67, párr. 57. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A., "A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Âmbito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Vol. I, CorteIDH, San José, Costa Rica, 1998, pp. 31 y ss.

⁷⁸⁷ *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 59 y 60; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 62 y 63.

⁷⁸⁸ *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 49.

Respecto de las características que han de reunir los recursos internos, la Corte IDH, aplicando los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos, ha señalado que éstos, no sólo se refieren a la existencia formal de recursos internos, sino también a que sean adecuados y efectivos.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...] Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido.⁷⁸⁹

La Corte ha señalado que no procede agotar recursos ineficaces, reiterando que para que un recurso exista, “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, de forma que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”, por ejemplo, “cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.” Asimismo, la Corte IDH ha reiterado que “el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos

789 Así lo estableció desde el *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 67 y 69. Recientemente, la Corte IDH reiteró “que la interpretación que [La] Corte ha dado al artículo 46.1.a) de la Convención por más de dos décadas está en conformidad con el Derecho Internacional, y que conforme a su jurisprudencia y a la jurisprudencia internacional no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado”. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014, pár. 84.

eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado”.⁷⁹⁰

En este sentido, la regla de agotamiento de los recursos internos, como señala el profesor Sergio García Ramírez, abarca "los procedimientos domésticos, cualquiera que sea la determinación que se les asigne, a condición de que se trate de medios o remedios jurídicos accesibles, expeditos y pertinentes para combatir un acto o esclarecer una situación de lo que resultará la calificación jurídica del acto cuestionado con las consecuencias pertinentes."⁷⁹¹

De lo anterior se advierte la estrecha relación entre la regla del previo agotamiento de los recursos internos y la obligación de los Estados de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25) que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (art. 8), en el marco de la obligación general de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.⁷⁹²

Como resulta evidente, en muchas ocasiones el deber de los demandantes de agotar los recursos internos eficaces se encuentra en íntima relación con el deber de los Estados demandados de proveer tales recursos. “La complementariedad de los deberes de las partes (el del demandante de buscar previamente la reparación a través de los recursos internos eficaces de la reivindicación de sus derechos, y el del Estado demandado de asegurar en su jurisdicción una eficaz administración de justicia y pronta reparación de los daños) reafirma la función clave de protección reservada por los propios tratados de derechos humanos a los tribunales nacionales y fomenta el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial.”⁷⁹³

⁷⁹⁰ *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014, párrs. 87 y 100 y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, párr. 66 y 67.

⁷⁹¹ GARCÍA RAMÍREZ, S., "Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)", en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, número 1, julio-diciembre, 1999, p. 131.

⁷⁹² *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 91, *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 93.

⁷⁹³ CANÇADO TRINDADE, "A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Ambito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", *op. cit.*, p. 28.

Por ello, en ocasiones cuando se alega la excepción de no agotamiento de los recursos internos, tanto la CIDH como la Corte IDH han decidido, en el ámbito de sus competencias, tramitarla conjuntamente con las consideraciones de fondo. Así, por ejemplo, en sus primeros casos la Corte IDH consideró que “cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.”⁷⁹⁴

En su jurisprudencia posterior, la Corte IDH generalmente ha recordado que la regla es de pura admisibilidad y que el Estado que la alega está obligado a indicar de manera oportuna (en las primeras etapas del procedimiento ante la CIDH) los recursos internos que deben agotarse, así como a probar que los mismos son efectivos.⁷⁹⁵ En diferentes oportunidades, la Corte IDH ha decidido desestimar la excepción preliminar correspondiente y examinar los argumentos expuestos por el Estado conjuntamente con las cuestiones de fondo por considerar que el Estado “en realidad alude al fondo de las violaciones alegadas”.⁷⁹⁶ Tal distinción responde a que el análisis de la cuestión del no agotamiento de los recursos internos no se basa en el mismo estándar de apreciación que se emplea en el de las violaciones sustantivas al derecho de acceso a la justicia.⁷⁹⁷

En conjunto, podemos afirmar, junto con el profesor Antônio Cançado, que la regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el Derecho internacional y el derecho interno, y por tanto, en el ámbito del DIDH, “los recursos internos forman parte integral de la propia protección internacional de los derechos humanos, recayendo el

⁷⁹⁴ *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párr. 163. En el mismo sentido, *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 91, *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 93.

⁷⁹⁵ Entre otros, *Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 28 de mayo de 1999, Serie C No. 50, párr. 33.

⁷⁹⁶ Entre otros, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 72.

⁷⁹⁷ Como ha señalado la Corte IDH “la determinación de si las excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos resultan aplicables al caso en cuestión debe llevarse a cabo de manera previa y separada del análisis del fondo del asunto, ya que depende de un estándar de apreciación distinto de aquél utilizado para determinar la presunta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención”. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014, pár. 101.

énfasis en la capacidad de los recursos de remediar la situación impugnada y reparar los daños causados, y no en el proceso mecánico de agotamiento."⁷⁹⁸

En el *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*, la Corte IDH, por primera vez en su historia, no entró a conocer el fondo de un caso por estimar procedente la excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos,⁷⁹⁹ al considerar que el proceso en contra del señor Brewer Carías “se encuentra todavía en la fase intermedia”, por cuanto la audiencia preliminar de los recursos de nulidad –que el Estado indicó eran los recursos idóneos y efectivos– no se ha llevado a cabo y no se ha dado, entonces, inicio al juicio oral, por lo que el Tribunal constata que el proceso penal se encuentra en una etapa temprana”, al no haberse dictado siquiera una decisión de primera instancia y resultar necesaria la presencia del acusado para el desarrollo regular del proceso,⁸⁰⁰ por lo que “no es posible analizar el impacto negativo que una decisión pueda tener si ocurre en etapas tempranas, cuando estas decisiones pueden ser subsanadas o corregidas por medio de los recursos o acciones que se estipulen en el ordenamiento interno”. Para la Corte IDH “cuando un específico procedimiento cuenta con etapas en las que se puede llegar a corregir o subsanar cierto tipo de irregularidades, los Estados deben poder disponer de dichas etapas procesales para remediar las alegadas irregularidades en el ámbito interno, sin perjuicio del análisis que pueda corresponder a las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos establecidas en el artículo 46.2 de la Convención”. Eso hace también imposible determinar la eficacia de los recursos indicados por el Estado “porque hasta ahora no han operado”, siendo que “de un alegado contexto estructural de provisionalidad del poder judicial no se puede derivar la aplicación directa de la excepción contenida en el artículo 46.2.a de la Convención, pues ello implicaría que a partir de una argumentación de tipo general sobre la falta de independencia o imparcialidad del poder judicial no fuera necesario cumplir con el

⁷⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, "A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Ambito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", *op. cit.*, p. 19.

⁷⁹⁹ Así lo destacaron los jueces Manuel Ventura y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto disidente conjunto, pár. 2.

⁸⁰⁰ En el caso, la ausencia del señor Brewer ha conllevado que la audiencia preliminar en su contra no haya podido ser llevada a cabo, por lo que –en opinión de la Corte IDH– “es posible afirmar que el retardo en la resolución de las nulidades sería imputable a su decisión de no someterse al proceso e implica un impacto en el análisis del retardo injustificado o plazo razonable”. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014, pár.143.

requisito del previo agotamiento de los recursos internos”. En el caso, la Corte consideró que con la intervención de los jueces internos “podría haberse determinado con mayor claridad si la provisionalidad tenía o no un impacto tal como para que operara la excepción prevista en el artículo 46.2.b y, de ser el caso, analizar el fondo del caso”.⁸⁰¹

Los jueces Ventura y Ferrer expresaron su disidencia y destacaron, entre otras cuestiones, que se actualizaba la excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos por el hecho de que los recursos de nulidad presentados, siendo idóneos, adecuados y efectivos, no fueron siquiera tramitados, tratándose por tanto de un supuesto de retardo injustificado del procedimiento, entre otras posibles violaciones, y, en consecuencia, de una cuestión vinculada necesariamente al fondo del asunto por estar relacionada con la posible violación a los artículos 8 y 25 de la CADH, especialmente las referidas a las supuestas violaciones al derecho a un juez y tribunal imparcial, al debido proceso, y al derecho a la protección judicial y no una cuestión de mera admisibilidad como lo determinó la mayoría. “Al aceptar la excepción preliminar de agotamiento de los recursos internos se está condenando al señor Brewer a afrontar un proceso en donde existe la posibilidad de que se hayan cometido violaciones a la Convención Americana”.⁸⁰²

La polémica generada con el *Caso Brewer* pone de manifiesto, una vez más, que la interpretación de los hechos y las perspectivas judiciales son determinantes para comprender la dinámica de los procedimientos internacionales, que si bien están sujetos a reglas e interpretaciones, en ocasiones muy consolidadas, dependen en última instancia de la valoración de jueces y juezas sobre la aplicación en un caso concreto. Sin lugar a dudas, la consideración de la “etapa temprana” como límite al escrutinio convencional en el plano internacional –con independencia de cuál sea su evolución en la jurisprudencia venidera–, llama la atención sobre el rol de los jueces nacionales en el análisis integral de los procedimientos internos y en un adecuado control judicial interno de convencionalidad.

⁸⁰¹ *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014, párrs. 96, 98, 99, 105 y 112.

⁸⁰² Los Jueces disidentes consideraron, además, que la nueva teoría de la “etapa temprana” utilizada por la mayoría “representa un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integralidad”; al aceptar que en tales “etapas” no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) se crea un precedente “que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentre; más aún, cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso, dado que ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones por violación a derechos fundamentales”. Voto conjunto disidente, párrs. 56 y 118.

a) La dimensión procesal de la subsidiariedad y responsabilidad internacional

Cuando se habló de los principios que rigen la responsabilidad internacional del Estado se destacó la importancia de distinguir entre el momento del surgimiento de la responsabilidad y el de su implementación. Al respecto, el juez Cançado Trindade en su voto razonado a la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, resaltó la necesidad de “trazar una distinción entre el surgimiento y la implementación (*enforcement, mise-en-oeuvre*) de la responsabilidad internacional del Estado.”⁸⁰³

En el DIDH, la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la violación de los derechos de la persona humana, o sea, tan pronto ocurra el ilícito internacional atribuible al Estado, aunque tal responsabilidad “sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particulares y circunstancias de cada caso.”⁸⁰⁴

Por tanto, la regla de agotamiento previo de los recursos internos, como expresión procesal del principio de subsidiariedad, no excluye el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado sino sólo su implementación. Al respecto el juez Cançado considera que:

el *surgimiento* y la *implementación* de la responsabilidad internacional del Estado corresponden a dos momentos distintos; en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, el requisito del previo agotamiento de los recursos de derecho interno condiciona la implementación, pero no el surgimiento, de aquella responsabilidad, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto (u omisión) internacionalmente ilícito [...]⁸⁰⁵

Por ello, es importante no confundir el carácter subsidiario de la protección internacional con la cuestión del surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. Por ejemplo,

⁸⁰³ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 13.

⁸⁰⁴ Entre otros, Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 113.

⁸⁰⁵ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 16. En el mismo sentido su Voto Concurrente en el caso de *“La Última Tentación de Cristo” vs. Chile*, (2001), párr. 34.

en el mencionado caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, la CIDH sostuvo en su *Informe* y en sus argumentos orales ante la Corte IDH que "no toda violación" de los derechos humanos cometida por los agentes del Estado acarrea la responsabilidad internacional estatal en tanto que el Estado no incurre en responsabilidad si investiga los hechos, sanciona los responsables y provee las reparaciones debidas. En opinión de la CIDH, "lo anterior se explica en función del carácter subsidiario que tiene el sistema interamericano de derechos humanos". Por su parte, la Corte IDH en su sentencia reiteró que "la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios."⁸⁰⁶

La dimensión procesal del principio de subsidiaridad, en tanto principio operativo, se refiere directa y específicamente a los mecanismos de protección, a niveles nacional e internacional; y, por tanto, como señala el juez Cançado, "la subsidiariedad no alcanza el derecho material, es decir, no puede ser invocada en cuanto a las normas sustantivas atinentes a los derechos protegidos, ni tampoco en cuanto al contenido y alcance de las obligaciones correspondientes". Esto supone dejar de lado una concepción estática del principio de subsidiariedad e incorporar una visión dinámica del sistema internacional de protección de los derechos humanos que refleje la "evolución de la *interacción* entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados en el presente dominio de protección, en beneficio de los seres humanos protegidos."⁸⁰⁷ Para ello es preciso que los propios agentes internos actúen en su calidad de agentes internacionales. En la medida en que los tratados de derechos humanos atribuyen funciones de protección a los propios

⁸⁰⁶ *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 71 y 75. El Estado alegó que las violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes, en perjuicio de los hermanos Gómez Paquiyauri, habían sido debidamente sancionadas y, por tanto, solicitó que se declarase que no existía ninguna violación por parte del Perú. Sin embargo, la Corte hizo notar que la denuncia interpuesta ante la Comisión Interamericana el 2 de julio de 1991, así como la apertura del caso por parte de la Comisión el 12 de junio de 1992, precedieron la terminación del proceso interno al que alude el Estado, proceso que terminó mediante sentencia emitida el 9 de noviembre de 1993 por la Tercera Sala Penal de El Callao, la cual fue confirmada por la sentencia de la Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema del Perú de 9 de junio de 1994. Como consecuencia de ello, cuando el sistema interamericano conoció el caso, los hechos generadores de las violaciones alegadas ya se habían cometido."

⁸⁰⁷ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, cit., Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, parr. 23-25. En el mismo sentido: A.A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* - Tübingen (1977-1978) pp. 333-370.

tribunales nacionales, lo cual constituye la razón de ser de la regla de los recursos internos, “dichos recursos integran los procedimientos de protección internacional; la interacción de ahí resultante entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente contexto de protección tiene por propósito y efecto el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial, tal como es requerido por los instrumentos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos”.⁸⁰⁸

4.4. Las consecuencias de la mundialización en la aplicación del derecho internacional por los jueces nacionales

Hablar de la aplicación del DI implica hablar del grado de eficacia y cumplimiento del ordenamiento por los distintos sujetos obligados. Así, podemos hablar de una aplicación del derecho internacional por los operadores internacionales (principalmente por los Estados, en sus relaciones recíprocas, dado el carácter descentralizado del ordenamiento, pero también por las organizaciones internacionales, los tribunales internacionales y demás instancias que participan en los procesos de solución pacífica de las controversias) y de una aplicación del DI por los operadores internos de los Estados (v.gr. Poderes ejecutivo, legislativo, judicial, etc.). Ambas esferas de aplicación del derecho internacional se encuentran de alguna forma vinculadas y en ambas se exige su cumplimiento, aunque difieren en cuanto a sus modalidades de aplicación.⁸⁰⁹

La aplicación del DI al igual que la formación del mismo, está regida principalmente por el principio fundamental de la buena fe en las relaciones internacionales.⁸¹⁰ Principio que tratándose de la aplicación de tratados internacionales se

⁸⁰⁸ *Ídem*.

⁸⁰⁹ *Cfr.* BUERGENTHAL, Thomas, GROS ESPIELL, Héctor, GROSSMAN, Claudio y MAIER Harold, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 13; CONFORTI, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 8 y ss.

⁸¹⁰ La aplicación de las norma internacionales puede ser considerada como un proceso. El Estado (o cualquier otro operador jurídico) que invoca la norma como fundamento de su pretensión frente a otro, debe determinar o individualizar la existencia de la misma en el ordenamiento internacional ya se trate de una norma convencional o consuetudinaria, debiendo aportar en este último caso los medios de prueba (documentos de la práctica diplomática, declaraciones gubernamentales; actos de derecho interno; decisiones judiciales o arbitrales internacionales; resoluciones internacionales, etc.) que confirmen la existencia de una práctica general, constante y uniforme, acompañada de la convicción de su obligatoriedad (*opinio iuris*). Además debe

manifiesta en la máxima *pacta sunt servanda*.⁸¹¹ Así lo ha constatado también la CIJ, entre otros, en los asuntos sobre los *Ensayos Nucleares*, al señalar: "Uno de los principio básicos que presiden la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual sea su fuente, es el de la buena fe."⁸¹² En el mismo sentido, respecto del artículo 26 de la Convención de Viena, la CIJ en el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia)* (1997) apuntó:

*Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that 'Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith'. This latter element, in the Court's view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.*⁸¹³

Por su parte, en el ámbito del DIDH, particularmente en el sistema interamericano, la Corte IDH también ha destacado que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe."⁸¹⁴

La obligación de cumplir de buena fe las normas y obligaciones internacionales se proyecta también en la interpretación de los tratados. De esta forma además de las normas

constatarse su vigencia; determinar su contenido y, en su caso, hacer valer o refutar cualquier excepción a su aplicación. Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 300.

⁸¹¹ Principio reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (el artículo 2.2); en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 26), y en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General relativa a la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, en el sentido de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, así como de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.. Véase, entre otros, REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, op. cit., p. 353; GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional público*, op. cit., p. 296. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*, op. cit., pp. 174 y ss

⁸¹² En palabras de la Corte: "*One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt servanda in the law of the treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.*" *Nuclear Test Case (Australia v. France)*, Judgment, 20 December 1974, No. 58. CIJ, *Reports* 1974, p. 268, par. 46..

⁸¹³ CIJ, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 25 september 1997, No. 92, párr. 142. Disponible: www.icj-cij.org.

⁸¹⁴ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 35.

generales de interpretación de los tratados,⁸¹⁵ debe tenerse en cuenta que en el ámbito del DIDH se hace énfasis en la interpretación teleológica de los tratados de acuerdo con su objeto y fin, que no es otro sino la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados.⁸¹⁶ Tales criterios se reflejan también en cuanto que una interpretación que limite o suprima los derechos humanos es incompatible con el objeto y fin de tales tratados.⁸¹⁷ Por ello, a partir de los principios generales de interpretación la doctrina y la jurisprudencia consideran al menos otros dos principios que deben tomarse en cuenta al interpretar los tratados de derechos humanos: el principio de interpretación evolutiva y el principio *pro homine o pro persona* que se orienta a que los instrumentos de derechos humanos se interpreten en el sentido que más favorezca al ser humano y sus

⁸¹⁵ De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme el sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El contexto comprende, además del texto incluido el preámbulo y sus anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de dicha celebración y aceptado por las demás como referente al tratado. Asimismo, conjuntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. El artículo 32 de la Convención se refiere a los medios complementarios de interpretación, de tal forma que cuando la interpretación derivada de la aplicación de la regla general deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable podrá acudir a otros medios complementarios, tales como, los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante.

⁸¹⁶ El TEDH, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.

⁸¹⁷ Por ejemplo, en el ámbito regional americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29, sobre las normas de Interpretación considera que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

libertades de conformidad con la naturaleza objetiva de las obligaciones que consagran, encaminadas a la protección de los derechos humanos.⁸¹⁸

Sobre la interpretación evolutiva, la Corte IDH, siguiendo a su par europea ha reiterado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos”, a fin de especificar el contexto de un determinado tratado”.⁸¹⁹

Sobre el principio *pro persona*, como recuerda el profesor Cançado Trindade:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). [...] Contribui, em terceiro lugar, [...] para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos –garantindo os mesmos direitos– são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o

⁸¹⁸ La Corte IDH desde el *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, señaló que el equilibrio en la interpretación de la Convención Americana “se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.” (Decisión del 12-nov-1981, párr. 16) Asimismo, en su opinión consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte Interamericana reiteró que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.” En el mismo sentido, en su opinión sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. (Opinión Consultiva OC-17/02) de 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana reiteró: “La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la Convención Americana. Para ello ha recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la interpretación debe atender a “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar” (párr. 21).

⁸¹⁹ *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 noviembre de 2012, pár. 245.

*grau de eficácia da proteção e, por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.*⁸²⁰

Otros criterios que han de tomarse en consideración son la doctrina del llamado *effet utile* (principio de efectividad) por el que se debe asegurarse los efectos propios de las disposiciones de un tratado; el carácter objetivo de las obligaciones convencionales más allá de la soberanía de los Estados y el sentido autónomo de los términos de los tratados de derechos humanos respecto de las interpretaciones voluntaristas de los Estados y considerando la naturaleza especial de tales instrumentos.⁸²¹ Todos sobre la base de la noción de garantía colectiva del DIDH.⁸²²

Considerando la amplitud y variedad de las normas del derecho internacional, muchas de ellas requieren para su cumplimiento no sólo de la actuación de los Estados a través de sus órganos encargados de sus relaciones exteriores sino también de sus órganos internos, tanto ejecutivos como legislativos y judiciales por lo que la aplicación del derecho internacional en el interior de los Estados es también condición de eficacia para el sistema en general.

En el marco del DI opera, como regle general, el llamado “postulado de la supremacía del derecho internacional” según el cual las obligaciones asumidas libremente por los Estados priman sobre las que establece su derecho interno,⁸²³ salvo que se trate de

⁸²⁰ CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I, 2ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, pp. 544-545. Sobre este principio véase también: HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del Principio *Pro homine*”, en *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, SRE-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Unión Europea, México, 2005, pp. 37-66.

⁸²¹ Para Nollkaemper, “*the principle of effective interpretation and performance of international obligations provides a broader basis for the empowerment of national courts*”. NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., p. 38.

⁸²² Cfr. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1999, pp.23 y ss.

⁸²³ Principio sustentado por la práctica y la jurisprudencia internacional y codificado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” De la misma forma, los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos* de la CDI establecen en su artículo 32, la “irrelevancia” del derecho interno, al señalar: “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.” Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 265. la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia internacional en la materia, señaló que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento

“una norma de importancia fundamental” en el derecho interno concerniente a la competencia de los órganos internos para celebrar tratados, en los términos del artículo 46 de la Convención de Viena; fuera de este supuesto excepcional parece no admitirse ningún otro, ni siquiera la posterior declaración de inconstitucionalidad del tratado por los órganos judiciales internos, lo cual podría en todo caso llevar a la denuncia del tratado, pero este sería otro supuesto.⁸²⁴ En cualquier caso debe considerarse el deber de adecuar y armonizar el orden interno conforme a los lineamientos del derecho internacional.

Lo anterior conlleva a reconocer la necesidad de que se adopte la legislación que permita la mejor recepción de las normas convencionales, así como de la jurisprudencia internacional. Ello nos lleva al análisis de la relación entre DI y derecho interno, tema ampliamente estudiado y debatido, y que, como lo advirtió Eduardo Jiménez de Aréchaga, implica dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos (v.gr. al debate entre teorías monistas [primacía nacional o internacional], dualistas o coordinadoras)⁸²⁵, y la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas en el ámbito estatal (v. gr. rango supraconstitucional, constitucional, suprallegal o legal).⁸²⁶ En la actualidad, con la creciente interacción entre ambos sistemas normativos,

el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”. OC-14/94, párr. 35.

⁸²⁴ Al respecto, tratándose de normas constitucionales, ya la CPJI consideró que un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor. CPJI, *Serie A/B*, no. 44, p. 24. Asimismo, la misma Corte consideró “imposible” que una sentencia nacional pueda invalidar indirectamente una sentencia dada por una instancia internacional. CPJI, *Serie A*, no. 17, pp. 33-34.

⁸²⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, (1998) “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 7, enero-junio, p. 25; véanse también, MONROY CABRA, M., “Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno”, en CIDH, *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, 1984, Washington D.C., OEA, p. 136. Sobre el tema véase, entre otros, PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op. cit., pp. 170 y ss. ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Trad. Fernando Jiménez Artigues, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1966, pp. 9 y ss. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5ª ed., Oxford University Press, 1999, pp. 31 y ss; O’DONNELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 40; FERRARI-BRAVO, Luigi, “International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems” en MACDONALD, R. Dt. J, y JOHNSTON, Douglas, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Part 2, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-Lancaster, 1983, pp. 715-744.

⁸²⁶ Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), IIJ-UNAM, México, 2002 y

dada la complejidad del DI, la creciente internacionalización del derecho constitucional y el reconocimiento de la subjetividad internacional a la personas, existe una creciente tendencia a buscar la coordinación y coherencia entre ambos sistemas, dependiendo las características y la finalidad de las instituciones implicadas y normas aplicables.

En el ámbito del DIDH, por ejemplo, como señala el profesor Antônio Cançado, de la adopción y perfeccionamiento de las medidas nacionales de implementación de los derechos humanos “depende en gran parte el futuro de la propia protección internacional de los derechos humanos.” En el presente dominio de protección, “el derecho internacional y el derecho interno conforman un ‘todo armónico’, caracterizado por un propósito común: la protección de los derechos humanos.”⁸²⁷

En este sentido, respecto de la recepción de las normas internacionales en el orden interno de los Estados, existen distintas técnicas de integración de las normas internacionales al derecho interno, independientemente de su jerarquía, que generalmente se agrupan en dos procedimientos: a) aquellos que exigen un acto legislativo expreso para la incorporación del tratado al orden interno (método heteroaplicativo o de recepción especial), y b) aquellos que no requieren de un acto legislativo expreso y se limitan a la publicación del texto del instrumento internacional (método autoaplicativo o de recepción automática). La recepción especial de los tratados hace depender la eficacia interna del tratado a su transformación en ley por los parlamentos, mientras que la recepción automática no requiere ningún acto especial, salvo en ocasiones la publicación oficial.⁸²⁸ Cuando se habla de la recepción de los tratados en el derecho interno se admite también la recepción automática de ciertas normas que se consideran autoejecutables y que no requieren de ningún otro acto estatal para su implementación, el carácter de tales normas se considera generalmente que está regido por el derecho internacional y es independiente del

BARRENA NÁJERA, Guadalupe y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords), *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, IIJ-UNAM, México, 2001.

⁸²⁷ Cfr. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1997, p. 402 y del mismo autor, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos” en *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, editado por Lorena González, presentado por Sonia Picato, IIDH, San José, Costa Rica, 1993, pp. 233-270.

⁸²⁸ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 273. REMIRO y otros, *Derecho Internacional*, op. cit., pp. 356-357.

sistema de recepción especial o automática.⁸²⁹ Lo anterior es significativo pues implica una toma de conciencia de las obligaciones judiciales que los tratados de derechos humanos imponen al Estado y que requiere una actitud congruente de los actores judiciales respecto de tales obligaciones y del papel garantista que tienen asignado.

4.4.1. La aplicación judicial del derecho internacional

En términos generales, las normas y obligaciones derivadas del ordenamiento internacional (o una importante mayoría) gozan de un nivel razonable de cumplimiento espontáneo por parte de los diferentes sujetos internacionales (aunque éste varía dependiendo del campo de regulación, las regiones geográficas, los intereses Estatales, etc.); sin embargo, dado el carácter descentralizado del ordenamiento internacional, el control del cumplimiento por órganos institucionalizados es muy limitado.⁸³⁰ De ahí la importancia de los órganos internos de los Estados en la aplicación del derecho internacional, no sólo de aquellos

⁸²⁹ La noción de normas de derecho internacional autoejecutivas (*self-executing*), aplicable tanto a estipulaciones contenidas en tratados internacionales como a reglas del derecho internacional consuetudinario, se refiere a aquellas normas que, por sus características, son susceptibles de aplicación inmediata y directa por los tribunales nacionales, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria (administrativa o legislativa) para su implementación o su exigibilidad. En materia de protección internacional de los derechos humanos se admite una presunción a favor de la autoaplicabilidad de las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, excepto si contuvieren una estipulación expresa de ejecución por medio de leyes subsecuentes que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Al respecto, es conocida la posición generalmente adoptada por el gobierno de los Estados Unidos respecto del carácter *non-self-executing* de los tratados de derechos humanos en que es parte, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, posición frecuentemente avalada por los tribunales norteamericanos. Además, no es suficiente que un artículo haga referencia a una ley para que sea considerado como no autoejecutable, para que ello ocurra, es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias. Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *op. cit.*, p. 29; HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tomo I: Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Pacto de San José de Costa Rica, La Carta Social Europea*, Ediar, Argentina, 1991, p. 220; CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, T. I, *op. cit.*, p. 424.

⁸³⁰ Algunos autores sugieren que la afirmación del cumplimiento “espontáneo” del derecho internacional ha de tomarse con cautela. En palabras de Peter Haas: “*The lawyers’ dictum that ‘must treaties are complied with most of the time’ is surely premature, and probably exaggerated. Studies of compliance find variation in compliance along a number of dimensions. Not all countries comply with the same legal instruments, the same country may vary in its compliance with different legal instruments across functional areas and even within the same issue area, and such patterns may change over time.*” Cfr. HAAS, Peter, “Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics” en SHELTON, Dinah (ed.) *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding norms in the International Legal System*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 44.

encargados de las relaciones exteriores sino también del conjunto de órganos internos, en especial de los ejecutivos, legislativos y judiciales.

Como estima el profesor Conforti, la verdadera naturaleza “legal” del derecho internacional –esto es su fuerza obligatoria– sólo se descubre cuando se analiza el funcionamiento de los sistemas jurídicos internos y la aplicación del derecho internacional por los operadores estatales, en particular, por los jueces nacionales.⁸³¹ Por ello, afirma que la aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales es la “piedra angular” (*“the keystone”*) del derecho internacional. Al respecto, André Nollkaemper destaca:

*national courts of a substantial number of states (but representing probably not more than half of the states in the world) have become a major institutional force in the protection of the international rule of law [...] these courts operate in a mixed zone that is neither fully national nor fully international; while the specific powers and techniques of these courts depend on and differ according to national law, international law provides an overarching normative framework [...] the role of national courts contributes to the fragmentation of the international legal order, by creating splits between states where national courts are a major force and those where they are not, between parts of international law that are routinely applied by national courts and those parts that are not, and by a process of judicial auto-interpretation that is inherent in entrusting the protection of the international rule of law to courts that are organs of the very states that they have to control.*⁸³²

⁸³¹ En palabras del profesor Conforti: “*In my opinion, a study limited to the supranational conduct of States, which overlooked the internal legal systems of those States, could not discover the ‘legal’ nature of international law. Rather, the truly legal function of international law essentially is found in the internal legal systems of States. Only through what we could term ‘domestic legal operators’ can we describe the binding character of international law or, better still, its ability to be implemented in a concrete and stable fashion. ‘Domestic legal operators’ are those charges by the State community to apply and enforce law and include judges, first and foremost. In every State system we find more or less similar provisions holding that actions must comply with international law as well as municipal law. This being so, compliance with international law relies not so much on enforcement mechanisms available at the international level, but rather on the resolve of domestic legal operators such as public servants and judges to use to their limits the mechanisms provided by municipal law to ensure compliance with international norms. In other words, the sprawling body of international rules, pervasive in all sectors of the political, economic and social life of each State and between States, but lacking in judicial and coercive enforcement procedures at the international level, can be implemented only insofar as the basic values shared by all people irrespective of nationalities are reflected by the domestic operators of all countries. International law can and, therefore, must be applied domestically through municipal legal systems and the guarantees they provide. Only a State’s internal system can act effectively to prevent the State from violating international law, and it does so by relying on the implementation mechanisms particular to international law. Obviously, that would be easier to accomplish in States respectful of the rule of law.* CONFORTI, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 8.

⁸³² NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., p. 1. Para este autor, las tres formas o técnicas principales de aplicación del DI por los jueces nacionales son el efecto directo (*direct*

En términos generales pueden señalarse dos supuestos de aplicación del derecho internacional por los tribunales estatales. "En primer lugar, el directo, que coincide con los casos de aplicación de normas consuetudinarias o convencionales incorporadas al derecho interno. En segundo lugar, pueden darse casos de aplicación indirecta, cuando para resolver un problema interno existe una situación jurídica conectada con elementos internacionales."⁸³³ En el supuesto de aplicación directa del derecho internacional ésta puede derivarse ya sea del carácter *self-executing* de la norma en cuestión (por reconocer derechos a particulares y por tanto tener eficacia directa, en ejercicio de un control de convencionalidad), o por así estar considerada dicha aplicación directa en la propia constitución o en las leyes de los Estados (dependiendo de la jerarquía de la normativa internacional en el orden interno o de cláusulas interpretativas facultativas como la interpretación conforme o el principio *pro persona*). Por el contrario, la aplicación indirecta de una norma internacional parece recaer más en las consideraciones del juez, respecto del caso y generalmente son empleadas en formulaciones "a mayor abundamiento" o en planteamientos de *obiter dictum*, utilizando argumentos de tipo analógico o complementario.⁸³⁴

Desde el punto de vista técnico-formal, existe una serie de cuestiones previas que pueden condicionar al juez nacional en la aplicación e interpretación de las normas internacionales.⁸³⁵ En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que de la interpretación de las normas que hagan los jueces dependerá en gran medida la eficacia de la aplicación de la

effect), la interpretación consistente o conforme (*consistent interpretation*) y la reparación (*reparation*) [pp. 117-213].

⁸³³ GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 316.

⁸³⁴ Nollkaemper distingue entre un "efecto indirecto" en la aplicación de obligaciones internacionales, cuando existe una confluencia o superposición sustancial entre tales obligaciones y las normas nacionales que los tribunales internos aplican, y un "efecto directo" cuando los jueces nacionales hacen cumplir una obligación internacional sin necesidad de una norma interna que la "domestique". NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 118.

⁸³⁵ Entre ellas están: la publicación de la norma o la puesta en conocimiento del órgano encargado de su publicación; la constitucionalidad o no del tratado (que si bien no repercute sobre la responsabilidad internacional del Estado sí puede condicionar su aplicación judicial); la determinación de la entrada en vigor para el Estado de la normativa internacional y, en su caso, el efecto de las reservas o declaraciones interpretativas; el posible conflicto normativo derivado del modelo de incorporación del derecho internacional al orden interno o a la apertura constitucional del mismo; y la consideración del carácter de las normas (autoejecutables o no). Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 316-317.

normativa internacional, de esta forma un tratado ratificado por un Estado que ha sido incorporado al orden interno y que goza de cierta jerarquía constitucional puede perder mucho de su efectividad si se interpretan sus términos restrictivamente o en sentido contrario a su objeto y finalidad. En esto un adecuado ejercicio de control de convencionalidad resulta fundamental, así como una interpretación conforme o consistente (*consistent interpretation*).

La aplicación judicial del derecho internacional puede suscitar diferentes modelos de interrelación entre los poderes públicos, respecto de las obligaciones internacionales del Estado. Tales relaciones dependerán de factores objetivos (diseño constitucional abierto o cerrado, la existencia de legislación que implemente un tratado, valor del precedente internacional, etc.) y de factores subjetivos (capacidad judicial, imparcialidad e independencia, conciencia garantista, predisposición al diálogo judicial, etc.).

En términos generales, los tribunales constitucionales, en tanto encargados de velar por el respeto y garantía de los derechos humanos y los tribunales penales como responsables de juzgar conductas que pueden constituir crímenes internacionales han demostrado, en la práctica, que sus actuaciones pueden repercutir en el ámbito internacional y tener cierta influencia en el proceso de globalización jurídica y, viceversa, los procesos de globalización e internacionalización influyen también en los operadores jurídicos nacionales, tanto imponiendo deberes formales como generando oportunidades, al brindar información clave para el ejercicio de sus funciones. La judicialización de las sociedades ha tenido un impacto en las relaciones internacionales, por ejemplo, en ámbitos como el ejercicio de la jurisdicción universal tanto penal⁸³⁶ como civil.⁸³⁷

⁸³⁶ ABI-SAAB, Georges, “The Proper Role of Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice* 1(2003) pp. 596-602; BOTTINI, Gabriel, “Universal Jurisdiction alter the Creation of the International Criminal Court”, *New Cork University Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, Winter/Spring 2004, Num. 2/3, pp. 503-562; RATNER, Steven, “Belgium’s War Crimes Statute: A Postmortem” en 97 *AJIL* (2003), pp. 888-897.

⁸³⁷ DEL TORO, Mauricio, “La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2007, pp. 315-349; NOLTE, Georg, “Universal Jurisdiction in the Area of Private Law-The Alien Tort Claim Act” y FLAUSS, Jean-François, “Compétence civile universelle et droit international général”, ambos en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order. Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 373-383 y 385-415; DONOVAN, Donald Francis y ROBERTS, Anthea, “The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction”, 100 *Am. J. Int’L*, pp. 142 y ss.

Así, como lo señaló hace más de dos décadas el profesor Benedetto Conforti, relator especial del Instituto de Derecho Internacional/*Institute de Droit International* (IDI) sobre las actividades de los jueces nacionales y las relaciones internacionales de sus Estados: “*In a world almost every aspect of life is becoming internationalized, national judges can find themselves taking positions that may affect the external relations of their State in a great many cases.*”⁸³⁸ En este sentido, la aplicación judicial del derecho internacional por los jueces nacionales se sitúa no sólo en el contexto de la relación entre órdenes interno e internacional sino también en el contexto de la política exterior del Estado al que pertenece y de las relaciones internacionales en general, en la medida en que sus decisiones tengan influencia en las políticas exteriores de otros Estados o en otros tribunales nacionales o internacionales.

De hecho, el tema relativo a las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial en materias de política exterior ha sido motivo de reflexión constante por la doctrina y la práctica internacional.⁸³⁹ Sin embargo, en las últimas décadas la cuestión ha despertado un creciente interés en la medida en que la internacionalización afecta materias antes consideradas de dominio exclusivo de los Estados. Así lo demuestra la resolución del IDI adoptada en su sesión de Milán de 1993 sobre “las actividades de los tribunales nacionales y las relaciones internacionales de su estado”.⁸⁴⁰

838 CONFORTI, Benedetto (*rapporteur*), “The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Preliminary Report”, 65 *Yearbook of the Institute of International Law* (1993) Part I, p. 328.

839 Entre otros, véase: COLLINS, Lawrence, “Foreign Relations and the Judiciary” en *ICLQ vol. 51, July 2002*, pp. 485-510; FALK, R., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, 1964; FRANCK, Thomas, *Political Questions/Judicial Answers. Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, New Jersey, 1992; WADE, J.A., “Executive and Judiciary in Foreign Affairs. Recognition of Foreign Lawmaking Entities” en T.M.C. Asser Instituut, *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 235-257.

840 En su resolución el Instituto de Derecho Internacional (IDI) considera, entre otras circunstancias, que el derecho internacional tiene un papel cada vez más importante dentro de los sistemas jurídicos nacionales y por lo tanto esto lleva a que las decisiones que adopten los tribunales nacionales dependan necesariamente de la aplicación de las normas internacionales. Que si bien, en principio corresponde a cada sistema jurídico estatal proveer las formas más apropiadas y los medios necesarios para asegurar la correcta y plena aplicación del derecho internacional en el ámbito interno es necesario reforzar la independencia de los tribunales nacionales en relación con el Poder ejecutivo y promover un mejor entendimiento del derecho internacional por tales tribunales. Para reforzar la independencia de los tribunales nacionales es necesario dejar de lado ciertas limitaciones con respecto a la aplicación del derecho internacional, en especial razones de tipo político o de simple interés estatal. *Cfr.* CONFORTI, Benedetto (*rapporteur*), “The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Revised Draft Resolution”, 65 *Yearbook of the Institute of*

El denominado principio según el cual el Estado tiene sólo una voz en sus relaciones exteriores y que, en consecuencia, supone que en esta materia los tribunales de adhieran a la posición del Ejecutivo, se encuentra seriamente cuestionado y el *Caso Pinochet*, en su momento, fue un ejemplo claro de ello.⁸⁴¹ En la actualidad cada vez más se acepta la participación de otras voces en la escena internacional particularmente la de los jueces en aplicación del derecho internacional no así en cuestiones como la negociación o ratificación de los tratados que normalmente se encomiendan a los poderes ejecutivo y legislativo, respectivamente.⁸⁴² No obstante, las reuniones y encuentros internacionales de jueces son también un fenómeno creciente en la escena internacional y la denominada “diplomacia judicial”, cada vez más dinámica –a partir de encuentros formales e informales y conferencias de jueces e instituciones judiciales, y asociaciones no gubernamentales–,

International Law (1993) Part I, p. 444 y ss. Sobre la resolución véase también: BENVENISTI, Eyal, “Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International’s Resolution on ‘The Activities of National Courts and the International Relations of their State’”, en 5 *EJIL* (1994) 1-439.

⁸⁴¹ El denominado “Caso Pinochet” conmocionó a la opinión pública mundial por ser el primer antecedente en que se somete a juicio a un ex jefe de Estado por cometer crímenes internacionales. Las diferentes etapas del proceso seguido al general Pinochet, desde su detención en Londres en 1998 a petición del juez español Baltasar Garzón, pasando por el proceso de extradición seguido ante las cortes británicas, hasta su regreso a Chile (donde fue inculcado nuevamente, desaforado como “senador vitalicio” y dejadas sin efectos las acciones judiciales emprendidas en su país en atención a la supuesta degradación del estado de salud mental del antiguo dictador), constituyen un hito en la historia reciente de la justicia penal internacional. No cabe duda que en este caso el juez Garzón actuó como agente del Estado español; sin embargo, su acción no representaba los intereses del gobierno ni formaba parte de una estrategia en materia de política exterior, lo que no impidió se generara un conflicto diplomático entre los gobiernos de Chile, España e Inglaterra, aunque todo girara formalmente en el marco del Convenio Europeo de Extradición, esto es, dentro de las estructuras clásicas e institucionales del derecho internacional. Hechos como este reflejan que en la aplicación de principios universales que forman parte de lo que se ha dado en llamar “orden público” internacional las actuaciones judiciales tienen un papel fundamental. *Cfr.*, entre otros, REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior-Biblioteca nueva, Madrid, 1999; JENNINGS, Robert, “The Pinochet Extradition Case in the English Courts” y SANDS, Philippe, “After Pinochet: The Proper Relationship Between National and International Courts” ambos en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality / L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer Law International, Printed in The Netherlands, 2001, pp. 677-698 y 699-715, respectivamente; FALK, Richard, “Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?”, en MACEDO, S. *Universal Jurisdiction*, *op. cit.*, pp. 97-120.

⁸⁴² Como señala el professor Thomas Franck respecto del sistema norteamericano: “In a system of divided powers, there cannot be a ‘single voice’ as there is in [other systems] courts may and do speak in dissonant tones, even sometimes in questions affecting ‘foreign affairs’ [...] This does not mean, however, that American courts have, or should have, license to make foreign policy. When courts speak in cases and thereby incidentally affect some aspect of foreign relations, they do not make foreign policy. They make judicial policy.” FRANCK, Thomas, *Political Questions/Judicial Answers. Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, p. 5.

está generando no sólo documentos valiosos para la práctica judicial y el impulso del derecho jurisprudencial comparado sino un escenario propicio para el diálogo interjudicial en sus diferentes facetas.⁸⁴³

En conjunto, la cuestión principal se plantea respecto de aquellas materias que se consideran no justiciables ante los tribunales nacionales por tratarse de asuntos de la competencia exclusiva del Poder ejecutivo, en tanto encargado de la representación exterior del Estado en su conjunto. El criterio que debería considerarse es aquel que permite la mayor eficacia del DI en el ámbito interno de los Estados, en este sentido, los jueces deberán velar por su correcta y completa aplicación más allá de cualquier interés políticos nacionales. Al respecto la resolución del IDI (artículo 5.3) señala: “*National courts should have full independence in the interpretation of a treaty, making every effort to interpret it as it would be interpreted by an international tribunal and avoiding interpretations influenced by national interests.*”⁸⁴⁴

Normalmente, suele señalarse que en casos que pueden incidir en las relaciones exteriores de su Estado, los jueces nacionales prefieren no considerar, o aplicar de manera inadecuada o irrelevante, normas internacionales a fin de no entrar en conflicto con las políticas gubernamentales, ya sea por considerar que la política internacional corresponde al ejecutivo o por afinidad con las posiciones ideológicas o políticas de su gobierno frente a terceros Estados u organizaciones internacionales.⁸⁴⁵ De esta forma, entre las reglas clásicas de restricción judicial para la efectiva aplicación del DI están la doctrina de la cuestión política (*the political question doctrine*);⁸⁴⁶ la regla de la ley posterior (*the last-in-time*

⁸⁴³ Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Las cortes regionales de los derechos humanos: en favor de una cooperación interregional reforzada” en *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, México, Porrúa, 2013, p. 1-4.

⁸⁴⁴ El texto de la resolución está disponible en: www.idi-iil.org. Asimismo, 65 *Yearbook of the Institute of International Law*, (1994) Part II, pp. 317 y ss.

⁸⁴⁵ Cfr. COHEN, Amuchai, “Domestic Courts and Sovereignty”, en AA. VV., *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, BROUDE, Tomer y Yuval SHANY (eds.), Oregon, Hart Publishing, 2008, pp. 269 y 270.

⁸⁴⁶ Como lo destaca el profesor Conforti: “*National Courts sometimes have recourse to the ‘political question’ (actes de gouvernement in French terminology) doctrine, in order to refuse to decide, either as a principal question or an incidental question, whether the conduct of the Executive, or their State is or is not contrary to international law.*” Los ejemplos más significativos de esta doctrina fueron los casos rechazados por los tribunales norteamericanos durante la época de la guerra de Vietnam que evitaron considerar la guerra como contraria o no al derecho internacional. En el mismo sentido, el *Conseil d’Etat* francés rechazó, el 11 de julio de 1975, considerar la legalidad internacional de los ensayos nucleares en el Océano Pacífico y la

doctrine); el argumento del carácter no autoaplicativo de las normas (*the non self-executing thesis*); la doctrina del acto de Estado (*The Act of State doctrine*); el principio de *forum non conveniens*; el principio de inmunidad soberana de los Estados; y el de la inmunidad diplomática de los Jefes de Estado.⁸⁴⁷ En la actualidad se considera que la aplicación de cualquiera de estas doctrinas debe ser restringida y de ninguna manera absoluta, particularmente tratándose de violaciones graves a los derechos humanos.⁸⁴⁸

Al respecto, la resolución del IDI sobre *La actividad de los jueces naciones y las relaciones exteriores de los Estados* destaca:

Article 1

1. *National courts should be empowered by their domestic legal order to interpret and apply international law with full independence.*

2. *National courts in determining the existence or content of international law, either on the merits or as preliminary or incidental questions, should enjoy the same freedom of interpretation and application as for other legal rules, basing themselves on the methods followed by international tribunals[...]*

[...]

Article 5

1. *The appropriate national courts should have the power independently to determine whether a treaty claimed to be binding on the forum State has come into existence or has been modified or terminated.*

2. *In a case brought before them, national courts should refuse to apply, in whole or in part, a treaty if they believe that such treaty is to be considered, for any reason whatsoever, either entirely or partially invalid or terminated, even when the forum State has not denounced it.*

adopción de medidas gubernamentales para llevarlos a cabo. CONFORTI, Benedetto (*rapporteur*), “The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Preliminary Report”, *op. cit.*, p. 331. La aplicación de la doctrina no se limita a temas relacionados con el derecho internacional y las relaciones exteriores, en general se aplica a temas que suponen cuestiones delicadas que los tribunales prefieren dejar en manos de los gobiernos. En general véase: FRANCK, Thomas, *Political Questions/Judicial Answers. Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.

⁸⁴⁷ Cfr. entre otros, BANKAS; Ernest, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Germany, 2005; REQUEJO ISIDRO, Marta, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil. (Transnational human rights claims)*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2009 y LO, Ying-Jen, *Human Rights Litigation Promoting International Law in U.S. Courts*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2005, p. 49.

⁸⁴⁸ Cfr. CONFORTI, Benedetto (*rapporteur*), “The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Preliminary Report”, *op. cit.*, pp. 334-335; FLEMING, Rebecca, “Holding State Sovereigns Accountable for Human Rights Violations: Applying the Act of State Doctrine Consistently with International Law”, 23 *Md. J. Int’l L & Trade*, 1999, pp. 187 y ss.; TOMUSCHAT, Christian, “Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law” en RANDELZHOFFER, A. & TOMUSCHAT, C. (eds.), *State Responsibility and the Individual*, Kluwer Law International, Great Britain, 1999, pp. 1-25; SIMBEYE, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate, England-USA, 2004; FOX, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002 y KLABBERS, Jan, *International Law*, UK, Cambridge University Press, 2013, pp. 287-303.

3. National courts should have full independence in the interpretation of a treaty, making every effort to interpret it as it would be interpreted by an international tribunal and avoiding interpretations influenced by national interests.

Article 6

National courts should determine with full independence the existence or content of any general principle of law in accordance with Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice, as well as of binding resolutions of international organizations.

La resolución enfatiza el deber de los Estados de garantizar la independencia judicial e indica el camino a seguir por los jueces nacionales en la interpretación del derecho internacional que no es otro que el desarrollado por los tribunales internacionales.⁸⁴⁹ Esto último refuerza el papel de la jurisprudencia internacional y procura la congruencia y coherencia en la interpretación del derecho internacional. Además, en la interpretación del derecho nacional, los jueces debieran considerar el principio de interpretación conforme con el derecho internacional y considerar en dicha valoración no sólo el derecho internacional convencional sino también el derecho internacional consuetudinario.⁸⁵⁰

En definitiva, como señala Conforti: “*the national judge should be free to autonomously evaluate international facts and to autonomously settle every question of international law.*”⁸⁵¹ Tal independencia de los jueces no se contrapone necesariamente con la cooperación entre poderes. De hecho, como expone el relator del IDI: “*Cooperation between the Judiciary and the Executive, aiming at a correct application of international*

849 Como se considera en los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.” (principio 1) Asimismo, conforme al principio 6: “El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto a los derechos de las partes.” *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y conformados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.* Sobre la implementación de estos principios véase la resolución 1989/60 del Consejo Económico y Social: *Procedures for the Effective Implementation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary.* (15th Plenary Meeting, 24 May 1989).

850 Sobre la aplicación de la costumbre internacional por los jueces nacionales véase: STIRLING-ZANDA, Simonetta, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Étude comparée de la pratique européenne*, Schulthess, Zürich, 2000.

851 CONFORTI, B., “The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Preliminary Report”, *op. cit.*, p. 337.

law, is able to avoid the possibility of complications of a diplomatic nature arising from a court decision.”⁸⁵²

En conjunto, como lo señaló el profesor Richard Falk hace más de medio siglo: “*It now seems more important to make domestic courts agents of world order than to instruct them to be servants of national policy*”.⁸⁵³

Al respecto, esta independencia garantizada y asumida por los poderes judiciales, aunado a la mayor incidencia del derecho internacional en el ámbito interno y a su carácter descentralizado, contribuye a que los jueces nacionales operen como “agentes del derecho internacional” en diferentes niveles. Un tema que en modo alguno es nuevo y tampoco pacífico. De ello da cuenta la doctrina del “desdoblamiento funcional” (*dédoublement fonctionnel*), desarrollada por George Scelle, y que ha sido materia de análisis por otros internacionalistas a fin de precisar sus alcances y limitaciones en el escenario actual.⁸⁵⁴ Cualquiera que éstos sean, en la actualidad, el contexto de aplicación del derecho internacional y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y de las sentencias internacionales, llevan a considerar a los jueces nacionales como agentes del derecho internacional, tanto en su aplicación como en su desarrollo e interpretación, y algunos consideran que son los “jueces naturales” del derecho internacional en tanto son los primeros que se ven en la necesidad –que se traduce en una obligación– de aplicar las normas internacionales, o son requeridos para ello.⁸⁵⁵

⁸⁵² *Ídem*, p. 380.

⁸⁵³ FALK, R., *The Role of Domestic Courts...*, *op. cit.*, p. 177.

⁸⁵⁴ Cfr. SCELLE, Georges, *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique*, Deuxième Partie, Recueil Sirey, Paris, 1934; pp. 10 y ss; CASSESE, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of « Role Splitting » (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, 1EJIL (1990), pp. 210-231 y SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, U.K., Oxford University Press, 2007, pp. 97-99. Se ha señalado que la teoría del desdoblamiento funcional (*role splitting*) no identifica claramente el doble rol simultáneo de los jueces como agentes del derecho nacional e internacional; no obstante la creciente apertura constitucional al DI hace que este doble rol sea más evidente y la idea de “agentes” del DI adquiera vigencia en el contexto no sólo jurídico sino también sociológico y cultural.

⁸⁵⁵ Cfr. TZANAKOPOULOS, Antonios, “Domestic Courts as Agents of Development of International Law”, (2013) 26 *Leiden Journal of International Law*, Issue 03, septiembre, pp. 531-540; “Domestic Courts as the ‘Natural Judge’ of International Law: A Change in Physiognomy” in James Crawford And Sarah Nouwen (eds), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, (vol. 3, Hart, Oxford 2012), pp. 155–168 y “Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts”, (2011) 34 *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, pp. 133–188 y D’ ASPREMONT, Jean, “The systemic integration of international law by domestic courts: domestic judges as architects of the consistency of the international legal order” en O.K. FAUCHALD & A. NOLLKAEMPER (Eds.), *The*

Su condición de agentes, arquitectos o “jueces naturales” del derecho internacional, en tanto capaces de incidir o influir en el desarrollo del DI y de aplicarlo en el ámbito interno, no es una panacea –como lo advierte Antonios Tzanakopoulos–,⁸⁵⁶ pues existen obstáculos de diversa índole (p.e., jurídicos, políticos y culturales) que inciden en el resultado de su labor, pero en definitiva esta perspectiva contribuye al respeto y al debido cumplimiento del derecho internacional y, por tanto, a su efectividad, con independencia de la incidencia e impacto que una determinación tenga en el ámbito internacional o regional, pues desde el estricto ámbito del DI, como se ha dicho, la jurisprudencia interna puede representar –en tanto conducta estatal (lícita o ilícita de acuerdo con el DI)–, un “mero hecho”; una práctica relevante (o consistente) para la conformación o prueba de una costumbre (una manifestación de *opinio iuris* o de persistente objeción estatal); una expresión de principios generales del derecho o una práctica subsecuente para la interpretación de un tratado.⁸⁵⁷ No obstante, como veremos, representa también un impulso y una invitación al diálogo jurisprudencial y, a partir de ello, un ejemplo, persuasivo o disuasivo, de conducta judicial, en un contexto más amplio de inserción personal en comunidades epistémico-axiológicas.

Las formas y métodos de aplicación e interpretación del derecho internacional por los jueces nacionales pueden variar considerablemente (aunque existan directrices en las normas de interpretación de los tratados y la jurisprudencia internacional), pero el hecho de que estén sometidos tanto al ordenamiento interno como al internacional hace necesario recurrir a fórmulas cooperativas como la “interpretación conforme”, el “argumento sistémico”, la “interpretación integral o integradora”, la “presunción de convencionalidad”, el “control de convencionalidad” o el “principio pro persona”, que permitan a los jueces nacionales una interpretación sistemática e integradora, sin necesidad de caer en (o dejando atrás) posiciones reduccionistas y jerarquizadas propias de las teorías monistas o dualistas.⁸⁵⁸ Ello también permite una mejor coordinación, y un mejor control respecto a los

practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law, Hart Publishing, 2012, pp 141-165.

⁸⁵⁶ “Domestic Courts as the ‘Natural Judge’...”, *op. cit.*, p. 168.

⁸⁵⁷ TZANAKOPOULOS, Antonios, “Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts”, *op. cit.* pp. 175-188.

⁸⁵⁸ Cfr. SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, *op. cit.*, pp.78-92.

deberes y obligaciones del Estado, en atención al principio de separación de poderes y a la independencia que ejercen (o deben ejercer) los jueces nacionales respecto de los otros poderes públicos.

El carácter de agentes del derecho internacional otorga a los jueces nacionales una función de resolver conflictos sobre la base de normas internacionales y un poder específico de control y de garantía de derechos respecto a los deberes y los derechos internacionalmente reconocidos.⁸⁵⁹ Aunque las cosas no son tan simples en la realidad; la complejidad de los diferentes regímenes internacionales y de la estructura institucional y política de los Estados incide directamente en la manera de aplicar e interpretar el derecho internacional por los jueces nacionales y sus consecuencias en un mundo descentralizado y diversificado.⁸⁶⁰ En última instancia, la aplicación, interpretación y desarrollo del DI por los jueces nacionales están sujetos a supervisión internacional.

Tal circunstancia de autonomía e independencia de la judicatura en el ámbito nacional implica aceptar también las tensiones que se derivan de la aplicación del derecho internacional y de sus diferentes regímenes normativos, lo que incluso genera que una actuación activa de los jueces nacionales a favor de la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad pueda generar tensiones entre los Estados e incluso violaciones a determinadas normas de derecho internacional, si no se sigue una interpretación “adecuada” o se colisiona con otros principios del DI a la luz de los órganos de supervisión internacional.

Un caso relativamente reciente que ilustra esta complejidad entre la actuación judicial independiente y activa, y la posición de los Estados en el ámbito internacional, derivado de la acción de la jurisdicción internacional es el asunto sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, en el que la CIJ declaró, entre otras cosas, la responsabilidad de Italia por la acción del poder judicial al aceptar reclamaciones contra

⁸⁵⁹ En conjunto, como lo destaca Nollkaemper, los jueces nacionales pueden cumplir diferentes funciones respecto al orden internacional: la resolución de controversias basadas, en parte, sobre una norma de derecho internacional; la revisión de la constitucionalidad o legalidad de actos nacionales a la luz de las obligaciones internacionales de los Estados, y la interpretación, determinación y desarrollo del DI, por lo que las determinaciones judiciales nacionales en ocasiones, son mucho más que meros hechos o evidencia de prácticas estatales. NOLLKAEMPER, *National courts and the International Rule of Law*, op., cit., pp. 9 y 10.

⁸⁶⁰ Cfr. BENVENISTI, Eyal, “Judicial Misgiving Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of Nationals Courts”, 4 *EJIL* (1993), pp. 159-183.

Alemania sin considerar el principio de inmunidad del Estado, aun tratándose de violaciones graves a los derechos humanos, y determinó que debía promulgar legislación o adoptar otras medidas para dejar sin efectos las acciones judiciales que pudieran tener efectos. En términos de la CIJ:

*The decisions and measures infringing Germany's jurisdictional immunities which are still in force must cease to have effect, and the effects which have already been produced by those decisions and measures must be reversed, in such a way that the situation which existed before the wrongful acts were committed is re-established. It has not been alleged or demonstrated that restitution would be materially impossible in this case, or that it would involve a burden for Italy out of all proportion to the benefit deriving from it. In particular, the fact that some of the violations may have been committed by judicial organs, and some of the legal decisions in question have become final in Italian domestic law, does not lift the obligation incumbent upon Italy to make restitution. On the other hand, the Respondent has the right to choose the means it considers best suited to achieve the required result. Thus, the Respondent is under an obligation to achieve this result by enacting appropriate legislation or by resorting to other methods of its choosing having the same effect.*⁸⁶¹

En atención a ello, como lo recuerda el juez mexicano Bernardo Sepúlveda Amor, la legislatura de Italia presentó un anteproyecto de ley que alude específicamente a la sentencia de la CIJ y busca implementar la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes y “exige que las cortes italianas que vean uno de estos casos encuentren por ellas mismas la moción de que carecen de jurisdicción, incluso cuando una decisión preliminar que establezca su jurisdicción se haya convertido en *res judicata*, e independientemente del estado o de la fase del proceso” y se establece también “que cualquier fallo que ya tenga fuerza de *res judicata* que sea contrario a la decisión de la Corte Internacional de Justicia también puede estar sujeto a revisión por falta de jurisdicción civil”.⁸⁶²

Esto nos lleva a reflexionar no sólo sobre los alcances del derecho internacional, las diferentes perspectivas sobre las relaciones entre ordenamientos, y la necesidad de cooperación entre poderes públicos a fin de prevenir violaciones al DI, por un lado, y dar cumplimiento a las determinaciones internacionales, por el otro. Confluyen aquí, como lo

⁸⁶¹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, párr. 137.

⁸⁶² SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, “La Corte Internacional de Justicia, interpretación constitucional por cortes supremas y la función de otras ramas de gobierno”, en *Un Diálogo entre Jueces...*, op. cit., p. 5.

menciona el juez Sepúlveda, dos perspectivas, la nacional con sus tensiones internas y la internacional, que supone la responsabilidad unitaria del Estado.⁸⁶³ El diálogo y la cooperación entre poderes públicos se hace necesario, lo mismo que entre instancias judiciales nacionales e internacionales, no para aligerar las obligaciones internacionales sino para establecer mecanismos para su cumplimiento.⁸⁶⁴

4.4.2. *Judicial Globalization*: diálogo y comercio transjudicial y comunidad transnacional de jueces

Como ya se apuntó, en el ámbito de la actuación judicial, la influencia del proceso de globalización o mundialización, así como de los otros procesos que la acompañan (internacionalización, democratización, constitucionalización y judicialización) se manifiesta al menos en dos fenómenos que repercuten directamente en la esfera de la administración de justicia y en la labor de los tribunales nacionales, fenómenos que si bien no son nuevos sí presentan características novedosas propias del contexto de mundialización en el que se desenvuelven: la comunicación o diálogo transjudicial o interjudicial y la denominada “*Judicial Globalization*”.⁸⁶⁵ En palabras de Kate Malleson:

⁸⁶³ *Ídem*, p. 13.

⁸⁶⁴ El fenómeno de las comunicaciones y los diálogos transnacionales implican no sólo a jueces, sino también a gobiernos, órganos legislativos, organismos internacionales, ONG, académicos y expertos naciones e internacionales, instituciones académicas, etc. Estamos en el escenario de la comunicación jurídica transnacional que genera redes epistemológicas y de empatía a nivel global, que conforman lo que Klaus Günther denomina un Código Universal de la Legalidad (*Universal Code of Legality*), una red de redes como marco de relación de todas las comunicaciones jurídicas transnacionales dentro de la red pluralista de expertos jurídicos en sentido formal, material y procedimental, un código marcado por la radical indeterminación, carácter difuso y vaguedad, al estar determinado por universales indeterminados, no sólo compartidos sino también discutidos. Cfr. GÜNTHER, Klaus, “Pluralismo y Código Universal de la Legalidad: La globalización como problema de Teoría del Derecho”, trad. Joaquín Brage Camazano, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Col. 4, 2003, pp. 225-257).

⁸⁶⁵ Ambos fenómenos han sido expuestos y desarrollados ampliamente por la doctrina en los últimos años. Véase, entre otros: BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *El diálogo judicial...*, *op. cit.*; KNOP, Karen, “Here and There: International Law in Domestic Courts” *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Winter 2000, Num. 2, pp. 501-535; MALLESON, Kate, *The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate-Dartmouth Publishing Company, USA, 1999; MARTÍNEZ Jenny, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review*, Vol. 56:429, November 2003; STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, USA, 2000; SLAUGHTER, “Court to Court”, 92 *Am. J. Int'l L.* (1998), pp. 708 y ss; “A Typology of Transjudicial Communication”, *op. cit.*; “Judicial Globalization”, 40 *Va. J. Int'l L.* (2000), p. 1103 y ss; “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, Num. 1, Winter, 2003, pp. 191 y ss.;

*The creation of more formalized, professionalized and accountable processes are evident in many judiciaries around the world. The forces of globalization which have affected all areas of political and economic life have been particularly striking in judiciary because of the stark contrast with earlier times. The inward-looking culture which was so characteristic of the old judiciary is gradually being abandoned as judges come to see themselves as members of a global legal community where knowledge and ideas are exchanged across jurisdictional boundaries. The emergences of the new judiciary must therefore be understood as a part of a global process of change. The details and timing differ in different countries but the general trend are strikingly similar throughout liberal democracies. The ways in which other judiciaries have adopted in response to these general forces of change provide a pool of experience for the judiciary to draw on.*⁸⁶⁶

Como señala Anne-Marie Slaughter (pionera y promotora del tema desde la denominada *American School of Informal Socialization*)⁸⁶⁷, los jueces se están “globalizando” de tal modo que su actividad repercute en la aplicación y desarrollo del derecho nacional, comparado e internacional.⁸⁶⁸ Así también –aunque desde una perspectiva diferente– lo reconoce Laurence Burgorgue-Larsen al señalar que “la globalización induce una internacionalización de los sistemas y de los comportamientos judiciales nacionales”, lo que conlleva a la “liberalización territorial” del diálogo entre jueces, de forma que “jueces de diversos orígenes entablan conversaciones judiciales sobre la base de una apertura espontánea al mundo de la justicia en su globalidad internacional”, aunado a las obligaciones internacionales específicas que obliga a los jueces nacionales e internacionales o supranacionales a conversar.⁸⁶⁹

Desde la óptica del DI existen diferentes perspectivas de análisis del papel de los tribunales nacionales en el contexto global. Por un lado, se estudia la actuación de los jueces en tanto órganos del Estado para efecto del cumplimiento de sus obligaciones y su responsabilidad internacional y, por el otro, sin dejar de lado el primer aspecto, se analiza el comportamiento de los jueces en tanto agentes del DI en el orden interno pero también en el

New World Order, Princeton University Press, 2004, pp. 65 y ss., y VERGOTTINI, Guiseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas, 2010.

⁸⁶⁶ MALLESON, Kate, *The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism*, op. cit., p. 2.

⁸⁶⁷ Cfr. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations...*, op. cit., p. 99.

⁸⁶⁸ SLAUGHTER, “Judicial Globalization”, cit., p. 1103.

⁸⁶⁹ BURGORGUE-LARSEN, “De la internacionalización del diálogo entre los jueces” en *El diálogo judicial...*, op. cit., p. 114.

internacional.⁸⁷⁰ El primero sería una aproximación técnica-jurídica y el segundo una propuesta de estudio jurídica-sociológica-cultural. Ambos enfoques son indispensables y complementarios. El primero se dirige, entre otras cosas, a enfatizar algunas cuestiones que pueden potencializar o limitar la aplicación del derecho internacional (p.e. la armonización del orden interno, las restricciones políticas, el efecto de las reservas, el control de convencionalidad, etc.), o a distinguir los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por actos judiciales. El segundo enfoque propone un estudio más de tipo sociológico sobre las formas de cooperación, interrelación e intercambio de ideas entre órganos judiciales tanto dentro como fuera de las fronteras estatales en casos de aplicación del derecho interno como del derecho internacional, incluso fuera de todo vínculo convencional particular. En este sentido, como apunta Slaughter:

The existing literature on the role of national courts in an emerging global legal system typically focuses on the ways in which these relationships enhance the salience and impact of international law. National courts are the vehicles through which international treaties and customary law that have not been independently incorporated into domestic statutes enter domestic legal systems. As such, they have long been a source of hope for international lawyers: a 1993 resolution by the French Institute of International Law calls upon national courts to become independent actors in the international arena, and to apply international norms impartially, without deferring to their governments.

*Judicial globalization, by contrast, describes a much more diverse and messy process of judicial interaction across, above and below borders, exchanging ideas and cooperating in cases involving national as much as international law.*⁸⁷¹

⁸⁷⁰ Por citar algunas publicaciones sobre estos temas, véase: BLACKBURN, Robert y POLAKIEWICZ, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001; CARPI, Federico, GIOVANNUCCI Orlandi, Chiara, (Eds.) *Judicial protection of human rights at national and international level. International congress on procedural law for ninth centenary of the University of Bologna*, Vol. II, Milano-Dott A. Guiffre Editore, 1991; CONFORTI, Benedetto y FRANCONI, Francesco (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1997; FRANCK, Thomas & FOX, Gregory (Ed.), *International law decisions in national courts*, Transnational Publishers, USA, 1996; GIBNEY, Mark y FRANKOWSKI, Stanislaw (Editors), *Judicial Protection of human rights: Myth or reality?*, Westport, Connecticut: Praeger, 1999; JAYAWICKRAMA, Nihal, *The judicial application of human rights law. National, regional and international jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002; TATE, C. Neal y VALLINDER Torjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, USA, 1995.

⁸⁷¹ SLAUGHTER, "Judicial Globalization", *op. cit.* p. 1103-1104. Para una posición crítica a la posición de esta autora –en el sentido de que la denominada "globalización del derecho" (*mondialisation du droit*) revela un comercio de jueces que no necesariamente se orienta hacia un nuevo modelo de orden mundial sino que representa la proyección de los sistemas jurídicos nacionales a nivel mundial y de sus ideologías, en particular de los Estados Unidos de América–, véase ALLARD, Julie y GARAPON, Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Francia, Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005.

Con la expresión “*judicial globalization*” se pretende describir un fenómeno más amplio y complejo de cooperación, interrelación e intercambio de ideas entre órganos judiciales tanto dentro como fuera de las fronteras estatales en casos de aplicación del derecho interno como del derecho internacional. Tal fenómeno implica transformaciones objetivas (constitucionalismo abierto, internacionalización, régimen efectivo de separación de poderes, etc.) y transformaciones subjetivas (mayor capacitación y educación judicial, autonomía, concienciación, información, etc.).

Por su parte, la expresión “diálogo interjudicial” se refiere, en términos generales, a la interrelación entre diferentes tribunales estatales (principalmente los tribunales constitucionales o supremos), así como entre éstos con tribunales internacionales y de éstos últimos entre sí; interrelación manifiesta tanto en las influencias reciprocas reflejadas explícita o implícitamente en su respectiva jurisprudencia, como en diferentes reuniones, congresos o seminarios internacionales donde se intercambian experiencias y se reafirman valores comunes; o en el ámbito de las organizaciones formadas por magistrados en las que se establecen vínculos de colaboración o se adoptan resoluciones, declaraciones, pautas, o directrices (diplomacia judicial).⁸⁷²

A las diferentes formas de interrelación entre los jueces nacionales con sus homólogos de otros países y con los de otras instancias podemos agregar el efecto creado por el desarrollo de la jurisdicción internacional y principalmente por la multiplicación de tribunales internacionales que suponen la existencia de un número considerable de jueces

⁸⁷² Un ejemplo destacado de trabajo conjunto entre jueces y otros agentes internacionales son los “*Principios Básicos Bangalore sobre la Conducta Judicial*” aprobados en la Reunión de Presidentes de Tribunales Supremos celebrada en La Haya en 2002 y presentados a la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Cumaraswamy como principios complementarios a los *Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia judicial*; así como la *Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por la 6ª Conferencia de los Presidentes de los Tribunales Supremos de Asia y el Pacífico. Para otros ejemplos de “diplomacia judicial” véanse los trabajos de la Cumbre Judicial Iberoamericana (<http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/inicio>); International Association of Judges (<http://www.iaj-uim.org/es/home/>); International Association of Women Judges (<http://www.iawj.org/HomeSP.html>); Commonwealth Magistrates’ and Judges Association (<http://www.cmja.org/about.html>); Magistrats européens pour la Démocratie et les Libertés (<http://www.medelnet.eu/>); European Judges and Prosecutors Association (<http://www.amue-ejpa.org/index.php?lang=uk>). Destaca también, la *Conference of European Constitutional Courts* (<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/en/index.html>); la *World Conference on Constitutional Justice* auspiciada por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa (http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ) y *Conferences of Chief Justices of Asia & the Pacific* (<http://lawasia.asn.au/chief-justices-of-asia-and-the-pacific.htm>).

internacionales y un incremento en los criterios jurisprudenciales desarrollados en los diferentes ámbitos del derecho internacional. La existencia de múltiples instancias internacionales supone también una mayor movilidad laboral para los jueces en general dado que los jueces nacionales se incorporan con mayor dinamismo a las jurisdicciones internacionales.

Desde esta perspectiva, el objetivo principal del denominado "diálogo interjudicial" es conformar un discurso común que promueva –en el ámbito del DIDH– la vigencia de los derechos humanos, garantice la universalidad de los mismos y sirva como una herramienta interpretativa para su desarrollo progresivo o evolutivo en un escenario de pluralismo jurídico. Aunque, en el proceso deliberativo (dialógico) no sólo caben acuerdos sino también diferencias que evidencien perspectivas diferentes. En su mejor expresión, el proceso conlleva a la estandarización normativa a partir de la interacción de diferentes factores internos y expertos, todo lo cual conlleva a complejos procesos de conocimiento e integración a través de los derechos y su interpretación.⁸⁷³

Generalmente, se identifican tres formas de comunicación interjudicial: a) la “comunicación vertical” llevada a cabo entre jueces nacionales con tribunales internacionales; b) la “comunicación horizontal” que se establece entre tribunales nacionales más allá de las fronteras estatales (“*constitutional cross-fertilization*”), así como entre tribunales internacionales entre sí, y c) la “comunicación mixta” que involucra las dos anteriores formas de comunicación. Asimismo, para el desarrollo de un “diálogo interjudicial” abierto es necesario que concurren al menos tres circunstancias comunes que propicien la comunicación interjudicial: a) un énfasis en la autonomía e independencia del poder judicial; b) el reconocimiento del valor o autoridad persuasiva de los argumentos más allá de su obligatoriedad en términos jurídicos; y c) la conciencia de una identidad y/o empresa común.

Tales características conforman el contexto en que se desarrolla la comunicación interjudicial. De esta forma, se han identificado, al menos, cinco ámbitos o contextos diferentes en que se desarrollan las diferentes formas de comunicación interjudicial: a) el

⁸⁷³ Cfr. AA VV, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, GARCÍA ROCA, Javier y Pablo FERNÁNDEZ (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 y BURGORGUE-LARSEN, “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?” en *El diálogo judicial...*, op. cit., pp. 205-247.

ámbito comunitario;⁸⁷⁴ b) el ámbito regional de los sistemas de protección de los derechos humanos; c) el contexto del litigio internacional de naturaleza privada; d) el ámbito del derecho constitucional comparado y de su aplicación en la jurisprudencia nacional con la consecuente influencia recíproca de las jurisdicciones constitucionales, y e) las reuniones “cara a cara” entre diferentes jueces y magistrados.⁸⁷⁵

Se habla así de la emergencia de una especie de "cortesía judicial" (*judicial comity*) en el marco de la cooperación judicial internacional y de la denominada “*transnational litigation*”; relaciones entre tribunales constitucionales (*constitutional cross-fertilization*); y reuniones cara a cara (*face-to-face meetings*) entre jueces alrededor del mundo. Los contextos de estas prácticas son muy variados, las causas que originan dicha comunicación también son diversas y dependen de distintos factores tanto jurídicos, como políticos, ideológicos y culturales.

Entre los factores jurídicos que influyen en el incremento del diálogo interjudicial están por supuesto las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales, así como la forma de incorporación constitucional del derecho internacional en el ordenamiento interno. En los políticos el grado de independencia respecto del poder ejecutivo y su autonomía e imparcialidad respecto de las fuerzas políticas. Entre los aspectos ideológicos y culturales, la formación de los abogados y jueces, la cultura jurídica de los mismos y la imagen de que los jueces tienen de sí mismos y de su función en el escenario interno e internacional (un abanico que va del patriotismo extremo al cosmopolitismo desenfrenado).

Por tanto, más allá de las normas propias de la cooperación judicial, no existen roles definidos ni formas previstas para desarrollar tales interacciones e incluso éstas varían de país a país. Sin embargo, todas ellas son ejemplos de interrelaciones que se desarrollan de alguna u otra forma en el marco del proceso de globalización mundial que inciden en la manera de ejercer el poder y contribuyen a la conformación de redes de interacción a nivel mundial que, para algunos, demuestran la existencia o al menos la emergencia de un incipiente “sistema de justicia internacional” (*international judicial system o ius commune judicial*), descentralizado y complejo, a partir de la conformación de una "comunidad

⁸⁷⁴ Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión? en AA. VV., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 57.

⁸⁷⁵ Cfr. SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *op. cit.* p. 54 y ss.

internacional de jueces” basada en la constatación de contextos y problemáticas comunes, así como de ciertos principios y valores compartidos, derivados, tanto de la función que ejercen los tribunales como de la conciencia de una identidad y comunión de valores, expresada, en principio, en la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales reconocida tanto en los ordenamientos internos como en el internacional.⁸⁷⁶

La idea de una comunidad global de jueces (o red judicial) está ligada también a la concepción de un amplio “espacio público judicial” y a un sistema jurídico mundial (*world's legal systems*) en el cual los jueces se ven a sí mismos y entre sí actuando en esferas y redes diferentes pero sobre la presunción de un sistema legal común.⁸⁷⁷ Si bien es cierto que los vínculos formales entre los diferentes tribunales, nacionales e internacionales, son escasos la mayoría de las veces, los vínculos en la práctica son más amplios, tanto por cuanto hace a las referencias jurisprudenciales entre tribunales como a la interrelación humana.⁸⁷⁸

Ello no significa que exista necesariamente interrelación dialógica entre todos los participantes y en todo momento. De hecho, la interacción en la mayoría de los casos es mínima y se representa más que como un diálogo como un monólogo (unidireccional), salvo en algunos ámbitos, como el derecho comunitario europeo, donde el grado de interrelación es intenso a partir de la *cuestión prejudicial* por la cual los tribunales nacionales pueden recurrir al Tribunal de Justicia para que esclarezca el sentido y alcance de un precepto de derecho comunitario.⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Jenny, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review*, Vol. 56:429, November 2003.

⁸⁷⁷ “This presumption, in turn, rests on a conception of a single global economy in which borders are increasingly irrelevant and an accompanying legal system in which litigants can choose among multiple fora to resolve a dispute, but each of those fora has an equal interest in seeing the dispute resolved. Paradoxically, however, whereas a presumption of a world of separate sovereigns mandates courtesy and periodic deference between them, the presumption of an integrated system takes mutual respect for granted and focuses instead on how well that system works. It is a shift that is likely to result in more dialogue but less deference.” SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, cit., p. 116.

⁸⁷⁸ Sobre este aspecto, Jenny Martínez señala: “As a sociological matter, these institutions are increasingly linked by common culture-over time, the same people often move from one court to another as judges or lawyers, carrying with them shared notions of what courts do and a commitment to a shared idea of the rule of law.” MARTÍNEZ, J. “Towards an International Judicial System”, *op. cit.*, p. 436.

⁸⁷⁹ El ejemplo clásico de comunicación vertical en el marco del derecho comunitario europeo es el caso *Van Gend & Loos* y la práctica jurisprudencial desarrollada en el mismo sentido. Asimismo, la experiencia entre la ECJ y algunos tribunales constitucionales, como el alemán e italiano. Cfr. Díez-Hochleitner, Javier y Martínez Caodevila, Carmen, *Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2001, pp. 356-

En el mismo sentido, se destaca que el diálogo interjudicial puede ejercer funciones de garantía que inciden en el grado de aplicación y cumplimiento del derecho internacional en el orden interno, en particular como consecuencia o por influencia de una decisión judicial internacional. Esta función de garantía repercute también en el cumplimiento por otros Estados de las obligaciones recíprocas, en tanto que promueve estándares comunes. De esta forma, como lo destaca Amichai Cohen “*the modern system of transnational adjudication supports the independence of domestic courts, and creates incentives for national judges to enforce international law domestically*”.⁸⁸⁰

Una función adicional, de carácter más general, que acompaña a cualquier tipo de comunicación transjudicial, e incluso constituye un fin en sí mismo, es la denominada “*cross-fertilization*” que consiste en la simple difusión de las ideas de un sistema jurídico a otro, sea nacional o internacional y de una región a otra y que informa sobre el estado de la cuestión en determinado momento histórico y de la evolución en la interpretación de las normas y principios jurídicos.⁸⁸¹ Este tipo de comunicación se nutre del derecho comparado y de la jurisprudencia comparada y contribuye a definir estándares comunes que resultan de gran importancia en materias como la protección de los derechos humanos.⁸⁸²

359 y 1006; MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 543 y ss. Sobre la relación entre el TJCE y la CEDH: SPIELMAN, Dean, “Human Rights Case Law in the Strasburg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities” en ALSTON, Philip (Ed.), *The EU and Human Rights*, Academy of European Law-European University Institute-Oxford University Press, 1999, pp. 757-780. En el mismo texto también: DE WITTE, Bruno, “The past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, pp. 859-897. Sobre el caso de la Corte Constitucional alemana: UMBAC, Dieter, “The relationship between the German Federal Constitutional Court and The European Court of Justice-Cooperation or confrontation?”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context-La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, España, 2003, pp. 449-472.

880 COHEN, “Domestic Courts and Sovereignty”, *op. cit.* p. 267.

881 Cfr. SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *op. cit.*, p. 52.

882 Aunque no debe confundirse la noción general de “diálogo judicial” con el recurso de los tribunales al derecho extranjero y a la comparación jurisprudencial, pues el uso del precedente extranjero y el argumento comparativo no se agota en la mera alusión o referencia a precedentes extranjeros (como mero dato fáctico), la comparación, como recuerda de Vergottini, debe hacerse según criterios controlados y controlables, esto es con la metodología propia del derecho comparado que requiere un contraste crítico y contextual (juicio comparativo), así como un reflejo en la parte considerativa de fundamente la decisión (*ratio decidendi*). Cfr. *Más allá del diálogo entre tribunales...*, *op. cit.*, p. 212, 233-250. Véase también PEGORARO, Lucio, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos, Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado” en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp.33-80 y MARKESINIS, Basil y FEDTKE, Jörg, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* Londres-Nueva York, Routledge, 2006.

Finalmente, la comunicación transjudicial tiene la función o el efecto de promover los procesos de deliberación colectiva sobre problemas comunes en busca de soluciones también comunes o de aclarar disensos a partir de diferentes elementos contextuales. Desde esta perspectiva este tipo de comunicación responde y promueve la constitución de una visión global que en materia de DIDH se ha identificado como un orden público global o regional congruente con la pretensión de universalidad de tales derechos (*ius constitutionale commune*).⁸⁸³

Como toda forma de comunicación, la transjudicial presenta problemas y vicios derivados de su propia mecánica que han de ser resueltos a partir del propio ejercicio de la misma. Siempre el diálogo será preferible al monólogo en el cual cada quien interpreta al otro de forma libérrima cuando no arbitraria. Sin embargo, dado que en muchos casos existe una ausencia de criterios comunes es imprescindible que los jueces nacionales hagan conciencia de su importante papel en la aplicación del derecho internacional y de su función en el contexto mundial en la era de la globalización.

En este sentido, como lo destaca críticamente Guiseppe de Vergottini, no debe identificarse el denominado “diálogo” entre jueces occidentales como si fuera un fenómeno a escala global y, en el ámbito regional, la interrelación entre tribunales internacionales y nacionales no debe confundirse con la influencia de ciertos tribunales en el plano horizontal, pues en este nivel, más que diálogo, existe “una tendencial aproximación y a veces homogeneidad de orientaciones jurisprudenciales” sobre temas comunes, pero “la interrelación es más bien excepcional”, salvo en casos, como la Corte de Sudáfrica, en que su propia legislación exige la atención al derecho extranjero. De esta forma, no debe confundirse el diálogo con la influencia recíproca o el recurso al derecho comparado, y no pueden equipararse la remisión unilateral a precedentes extranjeros, la remisión con sentido único (unidireccional) o citas cruzadas de jurisprudencia (bidireccional), la influencia recíproca de jurisprudencia y la actitud de un juez (activa o pasiva) hacia la jurisprudencia

883 Cfr. AA.VV., *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2 Tomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010; *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, 2014, ambos coordinados por BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Mariela MORALES ANTONIAZZI, y con Héctor FIX-FIERRO, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, 2011.

extranjera y la interpretación dialógica.⁸⁸⁴ La influencia no es interrelación, ni debe confundirse ésta con la simple migración de ideas constitucionales o soluciones procesales (p.e. principio de proporcionalidad). El proceso de difusión de contenidos jurisprudenciales y de imitación no implica necesariamente fidelidad o comunidad de valores ni la migración de ideas un trasplante exitoso, aunque existe y se reconoce el fenómeno de la progresiva aproximación de convergencia (normativa y jurisprudencial) entre ordenamientos.

Además de las perspectivas del diálogo identificadas como “norteamericanas”, que ponen el acento en aspectos sociológicos, existen otras que integran otros elementos normativos, entre ellas la expresada por Laurence Burgorgue-Larsen, para quien se puede diferenciar entre un “diálogo concertado” (vertical), ya sea aquel “integrado” como parte de la cooperación jurisdiccional indispensable en el ámbito del derecho comunitario, manifestado particularmente en torno a la *cuestión prejudicial*, o un diálogo “convencional” en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como parte de la garantía colectiva que establece una protección mínima y que ha derivado en expresiones como la doctrina del margen de apreciación (europeo) o el control de convencionalidad (interamericano). Por otra parte, la autora identifica un “diálogo desenfrenado” (en sentido vertical y horizontal, entre jueces nacionales e internacionales, en una compleja red de interrelaciones y mutaciones de los sistemas jurídicos), no constreñido a sistema alguno, y por tanto sin que exista ninguna obligación de por medio, marcado por diferentes sentidos o finalidades, entre los que destacan la coherencia de los sistemas cuyos principios de funcionamiento son similares (ideal sistémico) y la prevalencia de valores comunes, en particular de una visión común de los derechos de la persona humana (ideal humanista), lo que implica también una función legitimadora del diálogo frente una comunidad judicial específica, frente a los Estados o frente a la comunidad internacional en su conjunto, a partir de un “cierto espíritu cosmopolita”. De esta forma, el diálogo desenfrenado “saca a la luz la emergencia de líneas de fuerza sobre las problemáticas que afectan a todas las sociedades” (p.e. la orientación sexual, la vida y la muerte) y en ello los jueces “se abren a las decisiones extranjeras” a título de consolidación con la finalidad de reforzar una

⁸⁸⁴ Para el autor “el diálogo parece haberse convertido en uno de los fetiches retóricos que se evocan para esconder improvisaciones comparatistas a menudo carentes de fundamento y, en todo caso, científicamente impropias”. VERGOTTINI, Guiseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales...*, op. cit., pp. 63.

argumentación interno o bien de forma más audaz para operar un “cambio de rumbo magistral”.⁸⁸⁵

Por su parte, Rafael Bustos en un intento por establecer algunas premisas para una teoría del diálogo judicial, que estima necesario pero de alcance limitado, destaca las siguientes: no toda conversación judicial es un diálogo (dependen sus formas, dirección, estructura, intensidad y perspectivas); el diálogo es una nueva categoría propia de escenarios de pluralismo constitucional (contexto) y deriva de una obligación; se presenta en un “territorio disputado” entre ordenamientos confluyentes (p.e. derechos fundamentales o distribución de competencias); el diálogo resuelve inconsistencias provocadas por las negociaciones diplomáticas generadoras de obligaciones contradictorias por superposición u omisión; requiere el mutuo reconocimiento como interlocutor válido (expreso o implícito); implica generalmente instancias de defensa de la constitución pero puede abarcar instancias menores; su resultado positivo representa una síntesis mutuamente aceptable y puede conducir a una codificación; el resultado negativo lleva a contradicciones irresolubles y requiere una codificación; el diálogo se ve facilitado por normas de conexión material entre ordenamientos y la existencia de cauces procesales para su articulación, aunque pueden generarse nuevas fórmulas de interrelación; el diálogo permite soluciones interpretativas o soluciones procesales de tipo autorestrictivas (*selfrestraint*). Finalmente se reconoce que el diálogo es sólo un procedimiento legitimador, útil e infrecuente para resolver conflictos en situaciones de pluralismo constitucional pero no el único.⁸⁸⁶

En el ámbito de la protección de los derechos humanos, el incremento en el “diálogo interjudicial” y la recepción de la jurisprudencia internacional por los tribunales nacionales es uno de los fenómenos más relevantes de los últimos años, fenómeno que es deseable y previsible que se incremente. De esa forma se hace efectiva la protección complementaria y subsidiaria de los tribunales internacionales que no podrían hacerse cargo de todos los casos de violación de los derechos humanos y cuya principal tarea es establecer estándares comunes que sirvan a los jueces nacionales como parámetros de interpretación, pues son

⁸⁸⁵ BURGORGUE-LARSEN, “De la internacionalización del diálogo entre los jueces” en *El diálogo judicial...*, op. cit., pp. 109-159.

⁸⁸⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 169-218.

éstos los primeros garantes de los derechos humanos a través del denominado control de convencionalidad.⁸⁸⁷

De las distintas categorías y formas de diálogo que se han mencionado vamos a destacar aquellas que tienen relación con el DIDH. Uno de los modelos de comunicación transjudicial más dinámico (conjuntamente con el sistema comunitario europeo) es el constituido en el marco del sistema europeo de derechos humanos a partir de las relaciones entre el TEDH y las cortes nacionales, así como entre la Corte IDH y diversos Estados americanos, y entre estos tribunales regionales y con otros tribunales internacionales.⁸⁸⁸ Esta “viva interacción” –como la denominó el juez García en referencia a la Corte IDH y los tribunales internos–⁸⁸⁹ se da en diferentes planos y contextos, y con diferentes efectos que van del efecto vinculante de la jurisprudencia internacional a su carácter persuasivo.

En el ámbito europeo, la idea de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un “*constitutional instrument of European public order in the field of human rights*”, ha fomentado el diálogo interjudicial,⁸⁹⁰ inspirando la jurisprudencia europea incluso a cortes

887 Cfr., entre otros, AA.VV., *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013; AA. VV., *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SONTOLAYA, Pablo y Raúl CANOSA (eds.), España, Civitas, 2012; AYALA, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013; DEL TORO, Mauricio, “El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos, especial referencia al sistema interamericano” en AA. VV., *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, CORSO Edgar (coord.), México, UNAM, 2009, pp. 531-574; y NOGUEIRA Humberto, “Uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno” en *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus, 2014, pp. 207-276.

888 Cfr. AA. VV. *Un diálogo entre jueces...*, op. cit. y AA. VV., *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, op. cit.

889 GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales internos” en AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José C.R., Corte IDH, 2005, pp. 323-384.

890 Cfr. BLACKBURN, Robert y POLAKIEWICZ, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001; CONFORTI, Benedetto y FRANCIONI, Francesco (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1997; POLAKIEWICZ, Jörg y JACOB-FOLTZER, Valérie, “The European Human Rights Convention in Domestic Law: The impact of Strasbourg Case-law in States where Direct Effect is Given to the Convention” en *Human Rights Law Journal*, Vol. 12, No. 3, pp.65-85 y Vol. 12, No. 4, pp. 125-142, March-April, 1991; VERDUSSEN, Marc, “L’Application de la Convention Européenne des Droits de L’Homme par les cours constitutionnelles” en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context-La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, España, 2003, pp. 1555-1572.

nacionales que no estando vinculadas formalmente con su jurisdicción más allá del sistema europeo.⁸⁹¹ En el marco del continente americano existen evidentes interrelaciones entre los jueces nacionales e internacionales, en particular con la Corte IDH,⁸⁹² y si bien existen ejemplos de rechazo por parte de algunas instancias judiciales, en particular de Venezuela⁸⁹³ y República Dominicana,⁸⁹⁴ existen numerosos ejemplos positivos respecto de

891 Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica hizo referencia a las decisiones del TEDH para declarar inconstitucional la pena de muerte. (Case No. Cct/3/94, *The State vs. T Makwanyane and M Mchunu*, Judgment, 6 June 1995.) La Corte Suprema de Zimbabwe de igual forma se refirió a ciertas decisiones del TEDH para sostener que el castigo corporal a un joven es inconstitucional en tanto constituye un trato cruel, inhumano y degradante y como un castigo inusual. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México también aludió a ciertos criterios del TEDH para verificar el carácter no absoluto de ciertos derechos político-electorales. Incluso la Corte Suprema Norteamericana, tradicionalmente renuente a considerar otros criterios jurisprudenciales ha recurrido a los del TEDH en el caso *Lawrence v. Texas* del 26 de junio de 2003 sobre los derechos de privacidad y debido proceso. Cfr. SLAUGHTER, A. M., *Judicial Globalization*, cit., p. 110; MERRILLS, J.G., *The Development of International Law by the European Court Of Human Rights*, 2th, 1993; DEL TORO, Mauricio, “Monopolio de los Partidos Políticos Vs Candidaturas Independientes: El Caso Michoacán SUP-JDC-037/2001 desde la óptica del Derecho Internacional” en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Año 2002, No. 7; SAGÜES, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 1, enero-junio, 2004, Editorial Porrúa-IIDOC, México, pp. 199-219.

892 Para Burgorgue-Larsen, los principales vectores del diálogo en el ámbito interamericano respecto a su par europeo son la propia Corte IDH, sus jueces a través de sus votos particulares y la CIDH, aunado a los participantes en el procedimiento como las víctimas, sus representantes o los *amici curiae* de académicos u ONG, mientras que en el europeo fueron las ONG, los grupos de académicos y las víctimas los que acercaron la jurisprudencia interamericana al sistema europeo, a través de *amici curiae* y más tarde los propios jueces del TEDH. El diálogo puede ubicarse tanto en los “fundamentos fácticos” como en el “fundamento jurídico aplicable” o en citas al pie, con lo cual el grado de intencionalidad y legitimidad es diferente y puede versar sobre temas procesales, sustantivos o metodológicos. Finalmente, entre los sentidos o finalidades que puede tener el recurrir al diálogo están, la legitimación de la decisión en su contexto particular o el cambio, expansión o evolución de la jurisprudencia en temas específicos (“cosmopolitismo normativo”). Cfr. BURGORGUE-LARSEN, “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos” en *El diálogo judicial...*, op. cit., pp. 5-30.

893 Al respecto, en un primero momento, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en su sentencia 1.942 convalidó en el derecho interno los delitos de expresión conocidos internacionalmente como “leyes de desataco” y estableció la habilitación para la “censura judicial previa” en contradicción con los criterios sostenidos por la Comisión y la Corte Interamericanas; posteriormente, el 18 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional declaró inejecutable la sentencia de la Corte IDH emitida en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* y solicitó al Ejecutivo denunciar la CADH, lo cual derivó en el retiro de Venezuela del sistema convencional a partir de septiembre de 2013, a raíz de la sentencia sobre el *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*, cuya sentencia se dictó el 26 de junio de 2012. La denuncia operó un año después del depósito del correspondiente instrumento ante la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos. Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los Derechos Humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 1, enero-junio, 2004, pp. 173-198 y “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), Varios, *La justicia*

Estados como Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala y México, en diversos temas, entre ellos, la invalidez de leyes de auto-amnistía y las prescripciones de violaciones graves a derechos humanos; el deber de investigación de las éstas, el debido proceso y el derecho a un recurso efectivo.⁸⁹⁵

4.4.3. Hacia un constitucionalismo global y plural (*ius constitutionale commune*)

Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, Coordinado por Armin Von Bogdany y otros, Tomo II, UNAM, México, 2010, pp. 85-157.

⁸⁹⁴ La sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, dictada el 4 de noviembre de 2014, declaró –por mayoría y con el voto disidente de tres magistrados– la inconstitucionalidad del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH, suscrito por el presidente de esa República el 19 de febrero de 1999, por considerar que estaba afectado de nulidad por contravenir normas internas de importancia fundamental; al no haber sido ratificado por el Congreso Nacional, que tiene la atribución constitucional de “aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo” (art. 37, inciso 14, de la Constitución de 2002, y 93, literal 1, de la Constitución vigente), ello considerando que si bien se trata de un acto unilateral autónomo es equiparable a una convención en términos del artículo 46.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de que un Estado no puede alegar como vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado, el hecho de que éste fue emitido con violación de una norma interna, salvo cuando esa violación sea manifiesta y afecte a una disposición de importancia fundamental y no estimó aplicables los principios de *estoppel* y *forum prorogatum*, no obstante el comportamiento del Estado después de 15 años de relación con la Corte IDH; de las actuaciones realizadas con motivo de diversos casos; el reconocimiento previo de su competencia por la Suprema Corte y del carácter vinculante de su jurisprudencia por el propio Tribunal Constitucional. Como lo destacó la magistrada Jiménez Martínez, en su disidencia, la sentencia interna fue dictada en el contexto histórico de una condena de la Corte IDH al Estado dominicano, y “responde más a un acto de reacción que a un razonamiento jurídico; situaciones como las que se revelan en la especie han sido la salida que penosamente en otros países se le ha querido dar estando en circunstancias similares, con la marcada diferencia que en donde esto ha ocurrido, nunca ha sido promovido por un órgano de Justicia Constitucional, como ha pasado en el caso dominicano, lo cual nos mueve a profunda preocupación” (la Corte IDH emitió, el 28 de agosto de 2014, su sentencia condenatoria en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, que se suma a otras emitidas en los casos *Nadege Dorzema*; *Caso González Medina y familiares* y *Caso de las Niñas Yean y Bosico*). La CIDH condenó la sentencia por “no encontrar sustento alguno en el derecho internacional, por lo cual no puede tener efectos”, así lo hicieron también numerosas organizaciones de derechos humanos. (Cfr. CIDH, Comunicado de prensa No. 130/14. “CIDH condena sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana”. 6 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp> y “Pronunciamiento de la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas” Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR27/015/2014/es/7f4d21dd-ea0d-4a43-a17a-be26ff353395/amr270152014es.pdf>

⁸⁹⁵ Cfr. BAZÁN, Víctor, “Hacia un diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Relación entre los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Justicia interamericana y tribunales nacionales”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, op. cit.

La importancia del diálogo en la formación de una opinión pública global como reflejo de la existencia de una comunidad internacional abierta y plural resulta cada vez más evidente.⁸⁹⁶ La interacción propicia la influencia reciproca que si bien puede ser producto de una imposición normativa o cultural (como sería el caso de un *localismo globalizado* en palabras de Boaventura de Sousa Santos), también puede ser el resultado de un discurso plural y comunicativo de construcción de consensos en el marco del *cosmopolitismo contemporáneo*.⁸⁹⁷

En este sentido, el diálogo transjudicial implica de alguna manera (aunque parcial y limitada) un “diálogo entre civilizaciones” que –como apunta Richard Falk– es cada vez más decisivo en la configuración de un mundo más humano. Este diálogo permite dejar de lado estereotipos ideológicos (orientalismos, occidentalismos, etc.) y construir un discurso más amplio en apoyo al establecimiento de relaciones Estado-sociedad mucho más capaces de materializar formas de vida acordes con el respeto a los derechos humanos fundamentales.⁸⁹⁸ Lo anterior adquiere relevancia si consideramos que para hacer realidad las propuestas que pugnan por un modelo cosmopolita de democracia global con pleno respeto de los derechos humanos es necesario contar con operadores institucionales tanto nacionales como internacionales que contribuyan a la construcción de una globalización más humana con valores universales aunque con pleno respeto de las distintas identidades culturales, en tanto expresiones legítimas de los pueblos y los individuos. Un proceso

⁸⁹⁶ Estos procesos de diálogo se manifiestan particularmente en las conferencias internacionales convocadas en el seno de las Naciones Unidas que han contribuido sustancialmente a fijar la agenda de evolución del DIDH en particular, a partir de resoluciones y declaraciones que se incorporan al proceso de humanización del DI y contribuyen al desarrollo de lo que el juez Cançado Trindade denomina la conciencia jurídica universal. Ejemplo de ello son la Conferencia Internacional en Derechos Humanos de Teherán en 1968 y la Mundial de Viena de 1993, pasando por la de Río de Janeiro de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo y su seguimiento en 2012, así como las conferencias sobre población y desarrollo del Cairo en 1994, desarrollo social en Copenhague de 1995; sobre la mujer en Beijing de 1995; sobre la Corte Penal Internacional en Roma de 1998; contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia de Durban en 2001 y la Cumbre del Milenio de 2000 y sus seguimientos 2005 y 2010; sobre desarrollo sostenible en Johannesburgo en 2002 y sobre pueblos indígenas en 2014, entre otras. Cfr. CANÇADO, *International Law for Humankind...*, op. cit., pp. 595 y ss.

⁸⁹⁷ SANTOS, *La Globalización del Derecho...*, op. cit., p. 198.

⁸⁹⁸ Cfr. FALK, *La Globalización Depredadora*, op. cit., p. 159.

amplio y plural que contribuya a la consolidación de la conciencia jurídica universal que impulsa el proceso de humanización global.⁸⁹⁹

En este contexto de procesos concurrentes de creciente globalización y fragmentación, la idea de “constitucionalización” del derecho internacional o de la sociedad global es cada vez más recurrente, a la que se suman desde hace alguno tiempo las corrientes pluralistas.⁹⁰⁰

Las propuestas de un “constitucionalismo global” conforman una amplia variedad.⁹⁰¹ Entre ellas existen algunas más complejas y de difícil concreción que apuntan a un nuevo diseño institucional del sistema internacional; no obstante ello, como apunta Luigi Ferrajoli, si bien es preciso distinguir entre las posibilidades de realización técnicas y las posibilidades de realización políticas, desde el punto de vista teórico no hay nada que impida la construcción de un modelo de constitucionalismo internacional basado no necesariamente en un texto fundamental sino en una compleja red de interacción y de significado.⁹⁰² Como lo expresan Dunoff y Trachtman, las propuestas de un

899 Tal como lo señaló el juez Antônio A. Cançado Trindade, “las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes indocumentados en búsqueda de la sobrevivencia, han en definitiva despertado la *conciencia jurídica universal* para la apremiante necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la *conciencia jurídica universal* para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo”. Cfr. Voto Concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, en Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 25.

900 En general, BUSTOS GISBERT, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012; DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009; WALTER, Christian, “International Law in a Process of Constitutionalization”, en AA.VV., *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*, NIJMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André (eds.), UK, Oxford University Press, 2007, pp. 191-215; KOSKENNIEMI, Martti, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, Issue 1 (January 2007), pp. 9-36.

901 Por señalar sólo algunos autores que hablan de ello: FALK, Richard, “The Coming Global Civilization: Neo-Liberal or Humanist?”, en ANGHIE, Antony y STURGESS, Garry (eds.), *Legal Visions of 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, pp. 15-32; FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: un Constitucionalismo Global”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 313-324; GOMES CANOTILHO, J. *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 46 y ss; JULIOS-CAMPUZANO de, Alfonso, *La Globalización ilustrada*, op. cit., pp. 157 y ss; PUREZA, José Manuel, “¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría” en PÉREZ LUÑO, A. (coord.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, op. cit., pp. 123 y ss.

902 FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 64 y *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2. Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2011, pp. 470-590.

constitucionalismo internacional no implican un juego binario de todo o nada, lo importante es el tipo de normas constitucionales (*enabling constraining and supplemental constitutionalization*) y no el número de éstas.⁹⁰³

En este sentido, Sabino Cassese habla de un “derecho global” u “ordenamiento jurídico global” articulado en forma de red de relaciones jurídicas complejas en el marco de una relación estable con los Estados, relaciones de carácter vertical y horizontal, basadas fundamentalmente en la cooperación, a partir de un sistema de legitimación indirecto sustentado en la que deriva de los Estados nacionales y de sus ordenamientos, pero con instituciones, dinámicas y tribunales independientes.⁹⁰⁴ Una especie de estructuración con base en una idea de Estado de derecho internacional (*international rule of law*) o de debido proceso legal internacional (*due process of law*), que dejando de lado sus contrastes y comparaciones con sus nociones nacionales, implica la conformación de un principio de preeminencia del derecho en el DI.⁹⁰⁵

De hecho, dada las dificultades políticas de realización de un modelo de constitucionalismo global basado, entre otros aspectos, en una amplia reforma al sistema de las Naciones Unidas, con el establecimiento de un tribunal internacional de derechos humanos de jurisdicción obligatoria, entre otros aspectos, conviene destacar alternativas más inmediatas.⁹⁰⁶ Ante esta perspectiva, como señala el profesor Cascajo Castro, “parece más práctico y realista aspirar a un orden político mínimo que a un orden político perfecto, impuesto y tutelado por una potencia hegemónica dominante.”⁹⁰⁷ Para estas posturas, en la actualidad se está creando o consolidando (lenta pero progresivamente) la idea de un

⁹⁰³ Thus, international constitutionalization may arise (1) to enable or regularize the process for making ordinary international law under circumstances where more efficient production of law seems desirable, (2) to constrain the production of ordinary international law, preserving a sphere of autonomy for the state or other actors, or (3) to supplement domestic constitutional protections. Cfr. “A Functional Approach to International Constitutionalization” en *Ruling the World?...*, *op. cit.*, p. 9, 17 y 18.

⁹⁰⁴ CASSESE, S., “El Ordenamiento Jurídico Global” en *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law press, 2010, pp. 31-51.

⁹⁰⁵ Cfr. VILLEGAS DELGADO, César, *La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, Navarra, Aranzadi, 2013.

⁹⁰⁶ Cfr. REMIRO BRÓTONS, Antonio, “¿Nuevo Orden o Derecho Internacional?”, en *Claves de Razón Práctica*, No. 132, 2003, pp. 4-14.

⁹⁰⁷ CASCAJO CASTRO, “Constitución y Derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, *op. cit.*, p. 30.

“Derecho constitucional común” abierto al intercambio recíproco entre ordenamientos jurídicos compatibles en busca de mejores soluciones para problemas comunes.

Como recuerda Cascajo Castro, siguiendo a Jáuregui, se habla cada vez más de un “constitucionalismo mundial entendido como un ordenamiento jurídico complejo basado en criterios de compartición, coordinación y subsidiariedad que busca superar sin conseguirlo la visión ‘estatista’ del orden internacional.”⁹⁰⁸ La interrelación entre elementos de estatalidad y de supraestatalidad conducen al reconocimiento, por un sector relevante de la doctrina constitucional e internacional, de un *pluralismo jurídico* articulado en redes o multiniveles de interrelación que incluyen ordenamientos nacionales, regionales, supranacionales e internacionales, así como *regímenes autónomos* en el ámbito del DI (*self-contained regimes*). El primero (el pluralismo jurídico), está marcado por la concurrencia de ordenamientos sin dependencia respecto a su validez (MacCormick), que enfatiza el valor de la diversidad y la diferencia entre los sistemas normativos y promueve formas de articulación (interdependencia, complementariedad y mutua influencia) en una especie de constitucionalismo plural en el ámbito internacional (*Constitutional Pluralism*), donde existe conexidad de sentido y diferentes “espacios o nudos constitucionales comunes”, a partir del reconocimiento o apertura de la constitución nacional respecto de los espacios constitucionales representados en el ámbito internacional o supranacional.⁹⁰⁹

En este sentido, como lo destaca Gunther Teubner, “la unidad del derecho mundial ya no se base *estructuralmente* en una consistencia de las disposiciones normativas que queda asegurada gracias a una judicatura jerárquica. Más bien se fundamenta *procedimentalmente* en el *modo* en que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí. De esta forma, a través de dicho modo de vinculación, ordenamientos jurídicos sumamente

⁹⁰⁸ *Ídem*.

⁹⁰⁹ Para Neil MacCormick, el pluralismo constitucional aludiría a la situación en que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, 1999, p. 104. Cit., en BUSTOS, Rafael, “El Pluralismo Constitucional (La Constitución-Red)” en *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit., pp. 1-55. Véase además, GORDILLO PÉREZ, Luis, “La concepción pluralista vs. la concepción constitucionalista del ordenamiento jurídico internacional” en *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 459-474; KUMM, Matthias, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State” y POIARES MADURO, Miguel, “Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism” ambos en *Ruling the World?...*, op. cit., pp. 258-324 y 356-379, respectivamente.

diversos transfieren una vigencia normativa vinculante [...] En el derecho mundial la unidad jurídica pasa de la consistencia normativa a la ‘interlegalidad’ operativa”.⁹¹⁰ Ello supone que el sistema se base, más que en jerarquías, en la demarcación de competencias (“heterarquías” como lo señala Halberstam).⁹¹¹ Entra también aquí en juego la noción de protección multinivel en el ámbito de los derechos humanos que involucra diferentes instancias gubernamentales y judiciales nacionales e internacionales a fin de identificar, promover, proteger y garantizar valores, derechos y bienes comunes, siempre desde la perspectiva de proteger de manera efectiva (*effet utile*) a las personas (sus derechos y necesidades comunes), pues se reconoce que la fuente de legitimidad formal es el pueblo (la ciudadanía) y el respeto a los derechos humanos y al régimen democrático su fuente de legitimidad material (*ordre public international*).⁹¹²

En este escenario los jueces nacionales son los primeros agentes de protección de los derechos constitucionales y convencionales, en el marco de un sistema de competencias y un diseño institucional complementario y subsidiario, con las características que ya se han señalado, en la configuración lenta pero progresiva (*step by step process*) de un *ius constitutionale commune*, que atiende a los principios y objetivos constitucionales comunes

⁹¹⁰ Ello implica reconocer una compatibilidad normativa simple en lugar de la unidad jerárquica del derecho; la creación de normas jurídicas a través de la irritación, la observación y la reflexión mutua entre sistemas jurídicos autónomos y los modos descentralizados de adaptarse a los conflictos entre derechos como método jurídico. Cfr. TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Colombia, Universidad del Externado, 2005, pp. 119 y 120.

⁹¹¹ “Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within the system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based on constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself.” Cfr. HALBERSTAM, Daniel, “Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States” en *Ruling the World?...*, op. cit., p. 337. “The relations among these ‘levels’ is not, or at least no longer, hierarchical, but one of mutual demarcation based on kompetenz”. CAROZZA; P. “Constitutionalism’s Post-Moders Opening” en AA: VV., *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, LOUGHLIN, Martin (coord.), UK, Oxford University Press, 2007, p. 169.

⁹¹² Cfr. entre otros, PERNICE, Ingolf, “The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism. A Legal Response to the Challenges of Globalisation”, en *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, pp. 973-1006 (Disponible en <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0908.pdf>); URUENA, Rene, “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”, *Revista Derecho del Estado*, No. 30, enero-junio de 2013, Universidad Externado de Colombia, pp. 301-328 y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 347-368.

y no a normas últimas, sean nacionales, regionales o universales, salvo aquellas consideradas como imperativas.⁹¹³

Por otra parte, la idea de regímenes autónomos, particulares, especiales o subsistemas internacionales deriva de la ampliación material del DI y de la multiplicidad de instancias judiciales y la posible contradicción entre sus decisiones, lo que implicaría un proceso de fragmentación y diversificación del DI, “es decir, la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social”.⁹¹⁴ Estos subsistemas, fundados en un tratado multilateral, contienen normas primarias (v.gr. derechos, obligaciones o prohibiciones) y secundarias (v gr. normas de atribución y distribución de competencias), que cuentan con órganos con diversas facultades, entre ellas, supervisar y controlar la observancia de las obligaciones convenidas, y reglas precisas para resolver conflictos normativos (tales como el principio de jerarquía, *lex specialis*, *lex posterior*, norma más favorable, principio de armonización e interpretación evolutiva), y métodos como la ponderación o el principio de subsidiariedad.⁹¹⁵

En principio los regímenes especiales operan a su vez como *lex specialis*, en tanto que sus normas tienen un objetivo y fin único; aunque, como lo señala la CDI, hay ciertas normas generales que no pueden ser derogadas por normas especiales, como las pertenecientes al ámbito del *jus cogens*, y en cualquier caso aquellas (las generales) sirven para colmar lagunas existentes en un régimen especial, lo que conduce también a resaltar la

913 Para el ámbito latinoamericano, véase: BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual” y ARANGO, Rodolfo, “Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional” ambos en AA. VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, BOGDANDY von, Armin, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES (coords.), México, UNAM-IIIJ, 2014, pp. 3-23 y 24-36, respectivamente.

914 NN.UU., *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, pár. 5.

915 Cfr., REMIRO BROTONS, Antonio, “La noción de regímenes internacionales den el Derecho Internacional Público” y SOBRINO HEREDIA, José Manuel, “Las relaciones de subsidiariedad entre regímenes internacionales” ambos en AA. VV., *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas*, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009, RODRIGO, Ángel y Caterina GARCÍA (eds.), Madrid, Tecnos, 2011, pp. 167-176 y 195-213, respectivamente. Véase sobre la ponderación: ALEXYS, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXYS, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM-IIIJ, México, 2006; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; DÍAZ REVORIO, Francisco, *La "Constitución Abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004.

importancia de la interpretación sistémica, prevista en el apartado c), del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que requiere a los intérpretes de un tratado, sean órganos nacionales o internacionales, a considerar “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” con lo cual se reconoce por la CDI que “los tratados son una creación del sistema jurídico internacional y su funcionamiento se basa en ese hecho”, y se deben considerar otros tratados pertinentes, normas consuetudinarias o principios generales de derecho, incluyendo también las interpretaciones generadas por los órganos de supervisión facultados para ello, en particular la jurisprudencia internacional.⁹¹⁶

Asimismo, la CDI consideró que. Si bien no existe una relación de jerarquía entre las principales fuentes de derecho internacional, algunas normas son más importantes que otras y gozan de un rango superior, entre ellas aquellas pertenecientes al *jus cogens*, u otras consideradas obligaciones *erga omnes*, “fundamentales”, vinculadas a expresiones como “consideraciones elementales de humanidad” o “principios inquebrantables de derecho

⁹¹⁶ La posible tensión entre regímenes especiales se manifiesta también en la distinción entre normas sustantivas y procesales para efecto de justiciabilidad. Esta distinción ha estado presente en la jurisprudencia de la CIJ en diversos asuntos. En el asunto del *Territorio del Sudoeste africano (Etiopía y Liberia vs. Sudáfrica)* afirmó que no existía en el ordenamiento internacional una *actio popularis* a favor de cualquier miembro de la comunidad internacional en defensa de un interés general (*Reports 1966*, p. 88.), posteriormente, en el asunto *Timor Oriental (Portugal Vs. Australia)*, si bien se reconoció que el derecho a la libre determinación es un derecho oponible *erga omnes*, se precisó que ello no supone que exista automáticamente una legitimación activa ante la instancia internacional, pues ésta tiene una base estrictamente voluntaria y es condición indispensable que el Estado denunciado haya aceptado la competencia del tribunal, con independencia de la naturaleza de la norma que se alegue vulnerada (*Reports, 1995*, p. 29.), criterio que fue reiterado y referido no sólo a las obligaciones *erga omnes*, sino también a las normas de *jus cogens* en el asunto *sobre las actividades armadas en el Territorio del Congo (Reports 2006*, pár. 64). Recientemente, en el asunto sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia) (Reports 2012*, p. 99), la controversia se planteó respecto del alcance de las normas imperativas frente a normas de inmunidad como normas procesales; la CIJ estimó que un juez nacional no debe conocer de reclamaciones por violaciones a normas imperativas cometidas por fuerzas armadas extranjeras en su territorio en un contexto de conflicto armado, en atención al principio de inmunidad del Estado, no obstante la naturaleza de las violaciones. Sobre el tema en general, véase ESPÓSITO, Carlos, “El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia” y CARNERERO, Rubén, “Inmunidades estatales y violación de normas de *ius cogens*. La posición de la Corte Internacional de Justicia” ambos en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Sánchez Rodríguez*, TORRES BERNÁRDEZ, Santiago y otros (coords.), Madrid, Iprolex, 2013.

internacional”, aunque su aplicación depende del contexto y cualquier conflicto entre normas deberá resolverse aplicando el principio de armonización.⁹¹⁷

De esta forma, con independencia de la perspectiva constitucional que se adopte, se reconoce la existencia e importancia de ciertas normas sustantivas que dan coherencia al sistema internacional y tienen un carácter constitucional, incluso desde una perspectiva pluralista, como son las normas de *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y los principios básicos de derecho internacional, algunos de ellos expresados en la Carta de Naciones Unidas (art. 2 y 103) o en la resolución A/RES/2625 (XXV) relativa a la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* de 1970, así como en diversas resoluciones recientes sobre “el estado de derecho en los planos nacional e internacional”,⁹¹⁸ otros contenidos en instrumentos de derechos humanos coincidentes con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los estados.⁹¹⁹

Para concluir es posible advertir que tanto desde una perspectiva de análisis normativo que atienda a los deberes y obligaciones de los jueces frente al DIDH como desde una perspectiva más sociológica que explica las interrelaciones y redes de comunicación entre jueces nacionales e internacionales, el tema de la interpretación de las normas jurídicas implica necesariamente una concepción abierta, plural, que atienda al efecto útil de las normas y procedimientos y a la protección y garantía efectiva de los

⁹¹⁷ Cfr. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. A/CN.4/L.702, *cit.*, y ANDRÉS SÁNZ DE SANTA MARÍA, Paz, “El principio de integración sistémica y la unidad del derecho internacional” en *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional...*, *op. cit.*, pp. 356-374.

⁹¹⁸ Véanse A/RES/69/123, A/RES/68/116, A/RES/67/97, A/RES/66/102, A/RES/65/32, A/RES/64/116, A/RES/63/128, A/RES/62/70 y A/RES/61/39, que reafirman los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el DI, como “fundamento indispensable de un mundo más pacífico, próspero y justo”, así como que “los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas”; “la necesidad del respeto y la aplicación universales del estado de derecho en los planos nacional e internacional y su compromiso solemne con un orden internacional basado en el estado de derecho y el derecho internacional, que, junto con los principios de la justicia, es esencial para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados”. En general, PAULUS, Andreas, “The International Legal System as a Constitution” en *Ruling the World?...*, *op. cit.*, pp. 69-109 y VILLEGAS, *La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, *op. cit.*

⁹¹⁹ Cfr. GARDBAUM, Stephen, “Human Rights and International Constitutionalism” en *Ruling the World?...*, *op. cit.*, pp. 233-257.

derechos. Como lo considera Miguel Poiars Maduro, “*legal and constitutional pluralism require an expansion of the scope of legal arguments to be employed by courts and an increased focus on systemic and teleological reasoning*”.⁹²⁰

El modelo de interpretación y la perspectiva, abierta o cerrada, que los jueces nacionales tengan frente a la aplicación del DI y del cumplimiento de sus obligaciones va a ser determinante para la solución de las controversias de su conocimiento. Desde esta perspectiva, la apertura constitucional no sólo implica un modelo de recepción jurídica del derecho internacional en el orden interno en el marco de la discusión entre propuestas dualistas y monistas o entre distintas posibilidades de jerarquía de los tratados internacionales sino también una toma de conciencia con consecuencias mucho más amplias y significativas que repercute en la función judicial y en otras funciones (ejecutivas, legislativas, etc.), y exige también su apertura a modelos de interpretación abiertos, más allá de los mecanismos formales tradicionales, acorde con las exigencias del Estado constitucional contemporáneo y de un proceso de pluralismo constitucional en el marco del sistema jurídico global.

El diseño que la concepción de una “comunidad global de jueces” o “red judicial global” implica el reconocimiento de un sistema de competencias a partir del reconocimiento de la existencia de valores, estándares mínimos, necesidades y obligaciones comunes. Tal modelo de justicia internacional implica tanto la actuación de los diferentes tribunales internacionales como, y principalmente, la de los tribunales nacionales. Un sistema de justicia basado en la actuación conjunta y complementaria de tales instancias en donde los tribunales estatales al aplicar el derecho internacional actúan también como operadores autónomos, como agentes del derecho internacional.⁹²¹

920 POIARES, M., “Courts and Pluralism...”, *op. cit.*, p. 361.

921 Como señala Biaggini, “la constitucionalización en el ámbito internacional es un proceso con muchas voces”. En la “*constitutional conversation*”, en la que participan actores políticos gubernamentales y no gubernamentales, actores sociales y operadores de justicia, se le reconocen al Poder Judicial notables contribuciones a la penetración constitucional del DI, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos. “No sólo en el ámbito nacional, también en el internacional es la Justicia la aliada silenciosa de la idea de Constitución. En ello han participado no sólo tribunales a escala internacional [...] sino también tribunales nacionales (superiores o no).” *Cfr.* BIAGGINI, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”, *op. cit.*, pp. 69-70.

CONCLUSIÓN

Por primera vez en la historia de la humanidad, se han unido las condiciones para superar una historia de guerras y cuya capacidad de destrucción se ha acrecentado hasta permitir, hoy, un suicidio global de la humanidad. Lo mejor es que ahora, en el planeta Tierra, hay más interdependencia de cada uno con todos, naciones, comunidades e individuos, que se multiplican las simbiosis y los mestizajes culturales en todos los campos, que las diversidades resisten pese a los procesos de homogeneización que tienden a destruirlas. Lo mejor es, también, que las amenazas mortales y los problemas fundamentales crean una comunidad de destino que abarca a toda la humanidad [...] Pero la conciencia de los peligros todavía es muy débil y dispersa.

*Edgar Morin**

Los procesos concurrentes y divergentes que conforman el proceso de mundialización (globalizaciones y localismos globalizados) y las tensiones, desigualdades, crisis y tragedias humanitarias que se generan a partir de ello, aunado a las propias deficiencias democráticas de las sociedades nacionales y las limitaciones del DI para hacer efectivos los postulados de respeto a los derechos humanos, hacen necesario volver al análisis más profundo de los “recursos judiciales internos”. Nunca esta expresión se asoció tanto a la noción de justicia integral (nacional e internacional) como en el contexto actual de evolución del amplio *corpus juris* del DIDH, puesto que de ellos depende la garantía efectiva de los derechos (el derecho a los derechos) en el ámbito interno, así como la operatividad del sistema internacional, en tanto coadyuvante y subsidiario del nacional.

Estos recursos representan la garantía nacional de las promesas del constitucionalismo y la esperanza de un cambio frente a la realidad política y social que no ha generado las condiciones necesarias para una vida digna. El amplio derecho de acceso a la justicia no obstante se encuentra a la deriva en un océano de escepticismo. Vuelve a ponerse sobre la proa del debate la función práctica de los derechos,⁹²² y la capacidad de los Estados y de sus jueces, pero también –y de manera destacada– del conjunto de actores sociales, para hacer efectivo ese discurso y generar cambios en la realidad social que contribuyan a salir de las múltiples crisis por las que atraviesa el planeta Tierra y sus

* *La Vía para el futuro de la humanidad*, España, Paidós, 2011, pp. 30-31.

⁹²² Cfr. BEITZ, Charles, *La idea de los derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

habitantes.⁹²³ Todos navegamos hacia un destino común pero el rumbo no está claro, así como tampoco las acciones necesarias para llegar a buen puerto.

Parafraseando a Morin, no hay reforma posible a la judicatura, sin reforma del pensamiento judicial, lo que también implica una reforma educativa, política y social.⁹²⁴ Además, los jueces no actúan por iniciativa propia. Las denominadas “revoluciones de los derechos” que tienen un efecto igualitario o emancipador en las sociedades nacionales no han dependido exclusivamente de las garantías constitucionales, del liderazgo de algunos jueces o de la conciencia popular sobre la importancia de los derechos, han requerido además de una “estructura de sostén” a partir de la “movilización legal” de abogados y organizaciones en defensa de los derechos humanos, del litigioso estratégico y de la cooperación entre organizaciones de la sociedad civil, que no dependen (aunque sí se nutren e inspiran) de la imaginación o creación judicial o de una catálogo nacional o internacional de derechos.⁹²⁵

La construcción de agentes para el cambio social depende de diálogos más amplios. Los jueces deben dialogar no sólo en redes judiciales, nacionales y transnacionales, sino a través de diálogos sociales, interculturales e interdisciplinarios. En una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, los jueces deben estar dispuestos al diálogo con otros actores políticos y sociales, a fin de traducir sus demandas legítimas en derechos garantizados y, como tales, en razones para la acción y la transformación social.⁹²⁶

Además, como práctica social, y desde una perspectiva institucional, los derechos humanos, no sólo imponen a los Estados la obligación de ofrecer mecanismos para su

⁹²³ Como lo advierte Alain Touraine, el papel de las instituciones “ya no es imponer reglas, sino ayudar a la construcción del sujeto humano [portador de derechos, creador de cambios y sujeto de sus propias elecciones], a partir de la diversidad de individuos y de los grupos sociales. Las instituciones sociales deben permitir y organizar la comunicación entre los actores personales o colectivos distintos unos de otros, al dar una imagen de humanidad que no se confunda con ninguna sociedad concreta [...] sólo podemos remontar esta crisis si comprendemos que sólo la apelación a los derechos universales del sujeto humano puede detener la destrucción de toda la vida social por la economía globalizada”. TOURAINE, *Después de la crisis*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 156.

⁹²⁴ MORIN, *La Vía...*, op. cit., p. 39. Sobre la crisis en la educación y la necesidad de una reforma, véase también NUSSBAUM, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Argentina, Katz Editores, 2010.

⁹²⁵ EPP, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013.

⁹²⁶ Cfr. POST, Robert y Reva SIEGEL, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013.

protección y garantía, sino que, ante todo, imponen el deber de prevenir sus violaciones. Si bien aquí se ha hecho énfasis en el régimen de responsabilidad y a la operatividad de los sistemas como mecanismos *ex post*, como consecuencias de un hecho ilícito, lo cierto es que el primer deber que imponen las normas sobre derechos humanos es proteger y prevenir sus violaciones. La labor propio de juezas y jueces, si bien surge en un momento posterior a los hechos a partir de su denuncia o de su impugnación, lo cierto es que sus determinaciones tienen un claro efecto a futuro, preventivo, además de que las reparaciones deben procurar garantías de no repetición. El valor pedagógico de las sentencias, su efecto de cosa juzgada y cosa interpretada, y su valor de precedente, también refuerzan la función institucional de los derechos humanos a partir de su impulso judicial.

El diseño del sistema integrado de protección de derechos humanos en dos niveles (nacional e internacional) con carácter complementario y subsidiario, y el régimen de responsabilidad internacional, tal como han sido expuestos, permite, en nuestro concepto, una mejor comprensión de la práctica social de los derechos humanos, que requiere tanto la definición de los contextos culturales y jurídicos en los que opera (globalización, internacionalización, constitucionalismo y judicialización) como los deberes primarios y secundarios que implica la actuación de los jueces nacionales, aunado a la nuevas perspectivas de diálogo e interrelación.

Este trabajo ha intentado, con la exposición de cada uno de los aspectos que se estiman más relevantes para la práctica judicial (contexto, regulación, responsabilidad, operatividad y comunicación), definir la “gran circunstancia” orteguiana del juez nacional (ser, entorno y conciencia de ser en el entorno).⁹²⁷ Situado en una posición intermedia entre gobierno y sociedad, garante y depositario de derechos y deberes, responsable ante el orden interno y el internacional, jueces y juezas son también (o pueden serlo) factores clave en la transformación de la realidad social.

El DIDH, su cuerpo normativo y jurisprudencial, ofrece un horizonte hermenéutico amplio, un campo necesario por el que debe transitar quien pretende poner en práctica el discurso de los derechos humanos. En los Estados constitucionales (consolidados o en vías

⁹²⁷ Ya diría Ortega: “El [ser humano] rinde el *máximum* de su capacidad cuando adquiere la plena conciencia de sus circunstancias. Por ellas comunica con el universo”. ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Aguilar, 1975, p. 40.

de consolidación) transitar por este campo es indispensable jurídicamente, las normas sobre responsabilidad y la operatividad del sistema así lo exigen y así lo garantizan. Además el diseño institucional y normativo está abierto a la deliberación, desacuerdo, ajuste y transformación. El derecho de los derechos humanos, en tanto ordenamiento de mínimos, admite desacuerdos (en una lógica de pluralidad, respeto a la diferencia y a normas imperativas), de ello dan cuenta la doctrina del margen nacional de apreciación, las interpretaciones *pro persona* y evolutiva, así como el juicio de ponderación y las diversas formas de argumentación. En conjunto, la práctica de los derechos es escenario también para la deliberación (los desacuerdos expresados en los votos particulares de jueces y magistrados, por ejemplo –la doctrina paralela en expresión de Häberle–, también son reflejo de dicha pluralidad). En este escenario caben por igual, la interpretación formalista del derecho que reproduce preferencias políticas dominantes y conserva el *statu quo*, como formas de pensar e interpretar el derecho de otro manera, que contribuyen a los procesos emancipatorios y cosmopolitas a partir del respeto a la diversidad, la promoción del diálogo y la construcción de alternativas para la paz.⁹²⁸

Ejemplos de resistencia y defensa de posiciones soberanistas cerradas los encontramos recientemente en los tribunales de Venezuela y República Dominicana que han desconocido a la jurisdicción interamericana, no obstante la apertura de sus constituciones. Lo mismo sucede en la Suprema Corte Norteamericana, frente al tímido diálogo judicial representado en los casos *Lawrence v. Texas* y *Roper v. Simmons*,⁹²⁹ están

⁹²⁸ El derecho no puede reducirse a un fenómeno autoritativo, es una práctica social compleja, una realidad dinámica, en la que todos participamos, tanto en los procesos de explotación como de emancipación, “de lo que se trata entonces es ver qué es lo que cabe hacer para potenciar este segundo aspecto [...] para reducir la injusticia en el mundo”. Cfr. ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Paidós, 2013.

⁹²⁹ En el *Caso Lawrence contra Texas* (539 U.S. 558 (2003)) la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, por mayoría de seis votos contra tres, mediante opinión escrita por el juez Anthony Kennedy, declaró inconstitucional la ley estatal que sancionaba los actos homosexuales consentidos entre adultos realizados en privado; en su argumentación citó el criterio del TEDH, entre otros, en el caso *Dudgeon v. United Kingdom* (45 Eur. Ct. H. R. (1981)), en el cual el tribunal determinó inconveniente una legislación similar de Irlanda del Norte por considerar que atenta contra la libertad personal y el derecho a la intimidad. En el *Caso Roper vs. Simmons* (543 U.S. 551 (2005)), la Suprema Corte declaró, por mayoría de cinco votos, contra cuatro, la inconstitucional de la imposición de la pena de muerte por crímenes cometidos por menores de 18 años, superando un criterio anterior que consideraba el límite de los 16 años (*Stanford vs. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)). En la opinión rendida por el juez Kennedy, se manifiesta: “*The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions*”.

los casos *Medellín v. Texas* y *Humberto Leal García v. Texas*,⁹³⁰ que no evitaron la ejecución de nacionales mexicanos condenados a la pena capital, no obstante el pronunciamiento de la CIJ y las medidas provisionales ordenadas para evitar su ejecución en el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*. El tribunal norteamericano consideró que la sentencia de la Corte de La Haya no era directamente ejecutable sin la existencia de legislación federal para tal efecto.

Por otra parte, existen ejemplos positivos, como el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que determinó el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH y la imposibilidad de revisión de su competencia por los tribunales nacionales, así como la definición de un nuevo modelo de sistema mixto de control de constitucional y convencionalidad (Expediente Varios 912/2010 y Contradicción de tesis 293/2011). Existen también otros ejemplos positivos de tribunales que se han pronunciado claramente sobre la vinculación y eficacia de las sentencias interamericanas.⁹³¹

En conjunto, podemos concluir que los jueces nacionales son los primeros garantes de los derechos humanos, que como agentes del DI están encargados de su efectiva aplicación e interpretación, que son responsables en el ámbito interno y en el internacional

930 *Medellín v. Texas*, (552 U.S. 491 (2008)), y *Leal Garcia v. Texas*, (No. 11-5001 (2011)).

931 Así, por ejemplo, como ha advertido la Corte IDH, en diversos Estados miembros de la OEA, por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares interamericanos (*Caso Barrios Altos vs. Perú*) e internacionales sobre la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con las obligaciones de protección de los derechos humanos, así lo han hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (*Caso Simón*, Causa 17.768, Resolución de 14 de junio de 2005); la Corte Suprema de Justicia chilena (*Caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval*, Rol No. 517-2004, Caso 2477, de 17 de noviembre de 2004); el Tribunal Constitucional de Perú (*Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinario, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Sentencia de 29 de noviembre de 2005); la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (*Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentencia No. 365/09, resolución de 19 de octubre de 2009, C); la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-578/02, de 30 de Julio de 2002), *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, párrs. 163-170. Asimismo, sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH, además de la Suprema Corte mexicana: Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007); Tribunal Constitucional de Bolivia (Sentencia de 10 de mayo de 2010, Expediente No. 2006-13381-27-RAC); Corte Constitucional de Colombia (sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010); Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia de 9 de mayo de 1995. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95. Expediente 0421-S-90); Corte Suprema de Justicia de Guatemala (Decisión de la Cámara Penal No. MP001/2005/46063 de 11 de diciembre de 2009); Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Acuerdo Número 240/2010); Tribunal Constitucional del Perú (Sentencia emitida el 21 de julio de 2006. Expediente No. 2730-2006-PA/TC) y la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana (Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003). Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 74-86.

por sus determinaciones, que gozan de derechos y garantías especiales por el desempeño de su función y que, además, son actores internacionales relevantes que participan en la conformación de redes globales y en las diferentes forma de diálogo interjudicial, lo que propicia una mayor deliberación sobre la importancia y las posibilidades (regulativas y emancipadoras) de su función en el escenario del Estado constitucional contemporáneo y en la conformación de un derecho judicial común en un marco de pluralismo constitucional que define la nueva dinámica del sistema internacional. Como lo destacó hace algunos años el entonces juez interamericano Sergio García Ramírez: “la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.⁹³²

⁹³² Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, pár. 11.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros y artículos

- AA. VV., "Proliferation of International Tribunals: piecing together the puzzle" en *31, N.Y.U. J. INT'L L. & POL*, No. 4, summer, 1999.
- AA. VV., "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles" en *96 AJIL* (2002) 773-890.
- AA. VV., "Symposium: Assessing the Work of the International Law Commission on State Responsibility " en *13 EJIL* (2002) 1037-1256.
- AA. VV., "Symposium: Judicialization and Globalization of the Judiciary", *38 Tex. Int'l L.J.*, Special 2003.
- AA.VV., *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*, NIJMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André (eds.), UK, Oxford University Press, 2007.
- AA.VV., *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya CASTAÑEDA (coords.), México, UNAM-SRE, 2009.
- AA.VV., *Los derechos fundamentales de los jueces*, dirigido por SAIZ ARNAIZ, Alejandro, España, Marcial Pons, 2012.
- AA. VV., *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SONTOLAYA, Pablo y Raúl CANOSA (eds.), España, Civitas, 2012.
- AA. VV., *La motivation des décisions des juridictions internationales*, dirigido por Hélène RUIZ FABRI y Jean-Marc SOREL, Paris, Editions A. Pedone, 2008.
- AA VV, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, GARCÍA ROCA, Javier y Pablo FERNÁNDEZ (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- AA.VV., *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), 2 Tomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.
- AA. VV., *Reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coords.), México, UNAM, 2011.
- AA.VV., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y Héctor FIX-FIERRO (coords.), México, UNAM, 2011.
- AA. VV., *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, NUÑEZ POBLETRE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.), México, UNAM, 2012.
- AA. VV., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, José ESTÉVEZ (ed.), Madrid, Trotta, 2013.
- AA.VV., *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013.
- AA. VV., *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales (México 2012)*, PEREZ VÁZQUEZ, Carlos y Javier HERNÁNDEZ (coords.), México, SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.

- AA.VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), México, UNAM, 2014.
- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, "La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas" en *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra*, Vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, España, 1986, pp. 29-58.
- ABI-SAAB, Georges, "De la Jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du Droit International" en V.V.A.A., *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993.
- _____, "Fragmentation or Unification: some concluding remarks", *31 New York University Journal of International Law and Politics*, No. 4, summer, 1999.
- _____, "The Proper Role of Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice* 1(2003) pp. 596-602.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, "El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña", *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 347-368.
- AGO, Roberto, (special rapporteur), "Third Report on State Responsibility: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility", in United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1971)-II, part I, pp. 246-247.
- AGUIAR, Asdrúbal, "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)", en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 17, enero-junio, 1993, San José, C.R.
- _____, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, 1ª ed., Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997.
- AGUILÓ, Joseph. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica" en *Isonomía*, No. 6 /Abril 1997, pp. 71-79.
- ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Argentina, Ediar, 2000.
- _____, (coord.), *El control de convencionalidad*, Argentina, Ediar, 2008.
- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ALFORD, Roger P. "The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance", *94 Am. Soc'y Int'l L. Proc.*.
- ALIKHAN, L. *The Extinction of National-States without Borders*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996.
- ALISTE Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ALLARD, Julie y GARAPON, Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Francia, Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005.
- AMERASINGHE, Felix, *Local Remedies in International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*, EDAI, España, 1998.
- ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights alter Globalization*, Oxford & Portland, Oregon, 2005.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEX, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM-III, México, 2006.
- _____, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, noviembre, 2003.
- ANDRÉS SÁNZ DE SANTA MARÍA, Paz, “El principio de integración sistémica y la unidad del derecho internacional” en AA. VV., *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, RODRIGO, Ángel y Caterina GARCÍA (eds.), Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356-374.
- AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, “Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights” en AN-NA’IM, A. y DENG, F., *Human Rights in Africa. Cross-Cultural Perspective*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1990.
- _____, “Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights. The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment” en *Human Rights in Cross-Cultural Perspective. A quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991, pp. 19-43.
- _____, “The Universal Declaration as a Living and Evolving *Common Standard of Achievement*” en Barend van Der Heijden & Bahia Tahzib-Lie (eds.), *Reflections on the Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1998, pp. 45-51.
- _____ y HAMMOND, Jeffrey, “Cultural Transformation and Human Rights in African Societies” en AN-NA’IM, A. (ed.) *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, Zed Books Ltd, London-New York, 2002, pp. 13-37.
- ARAGÓN, M., *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, “Dimensión histórica y filosófica de los derechos humanos” en *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 25-27.
- _____, “Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional” ambos en AA. VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, BOGDANDY von, Armin, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES (coords.), México, UNAM-III, 2014, pp. 24-36.
- ARANGÜENA Fanego, Coral, “El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7)”, en AA.VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 277-298.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico, *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, España, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2002.
- ARIÑAS, María J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, España, Dykinson, 2000.
- ARRESE IRIONDO, Ma. Nieves, “Derecho a un recurso efectivo” en Iñaki LASAGABASTER, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 501-525.
- ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Paidós, 2013.
- AYALA CORAO, Carlos, “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), Varios, *La justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Coordinado por Armin Von Bogdany y otros, Tomo II, UNAM, México, 2010, pp. 85-157.

- _____, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), IIJ-UNAM, México, 2002.
- _____, “La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los Derechos Humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 1, enero-junio, 2004, pp. 173-198.
- _____, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013.
- BANKAS; Ernest, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Germany, 2005.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos Humanos*, Colombia, Universidad Externado, 2012.
- BARNHIZER, David, *Effective Strategies for Protecting Human Rights. Economic sanctions, use of national courts and international fora and coercive power*, Ashgate, USA, 2001.
- BARRENA NÁJERA, Guadalupe y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords), *Derechos Humanos Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, IIJ-UNAM, México, 2001.
- BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto, RAIMONDI, Guido, *Comentario alla Convenzione Europea per la Tutel dei Diritti Dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, 2001, pp. 23-34.
- BASSIOUNI, Cherif y WISE, Edward, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.
- BASSIOUNI, M. Cherif, “The History of Universal Jurisdiction and its Place in International Law” en MACEDO, Stephen (ed.) *Universal Jurisdiction and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt, *La Globalización. Consecuencias Humanas*, 2 ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- _____, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, CONACULTA- Tusquets, México, 2007.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Carbonell, M. y García, L., *El canon neoconstitucional*, Trotta-III/UNAM. Madrid, 2010, pp. 285-355.
- BAZÁN, Víctor, “Hacia un diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos” en AA.VV., *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006.
- _____, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. I, San José Costa Rica, 1998, pp. 431-446.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Piados, Barcelona, España, 1998.
- BEITZ, Charles, *La idea de los derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- BENVENISTI, Eyal, "Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'", en 5 *EJIL* (1994) 1-439.
- _____, "Judicial Misgiving Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", 4 *EJIL* (1993), pp. 159-183.
- BERGER, Peter y LUCHMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*, Paídos, Barcelona, 1997.
- BERMANN, G., "Le Droit Comparé et le Droit International: Alliés ou ennemis? La Conférence", *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, Juillet-septembre, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores-UNAM, 2005.
- BIAGGINI, Giovanni, "La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, 2003, p. 66.
- BLACKBURN, Robert y POLAKIEWICZ, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001.
- BLOCH, Ernst *El principio esperanza*, T. 3., Madrid, Trotta, 2007, p. 485.
- BOBBIO, N., "Derechos del Hombre", en *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 511-520.
- BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991.
- BOGDANDY, Armin von, "Ius Constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en AA. VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, BOGDANDY von, Armin, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES (coords.), México, UNAM-IIIJ, 2014, pp. 3-23.
- _____, Mariela MORALES y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius Constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa/IMDPC/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. y GOWLLAND-DEBBAS, V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/ L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.
- BOTTINI, Gabriel, "Universal Jurisdiction alter the Creation of the International Criminal Court", *New Cork University Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, Winter/Spring 2004, Num. 2/3, pp. 503-562.
- BREMS, Eva, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights" en *Heidelberg Journal of International Law*, Band 56 (1996), pp. 240-314.
- _____, "The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights. Accommodating Diversity Within Europe" en Forsythe D. & McMahon, P., *Human Rights and Diversity*, University of Nebraska Press, 2003, pp. 81-110.
- _____, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001.
- BREWER-Carias, Allan, "El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos" en Brewer, Allan y Jaime Orlando Santofimio, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

- BROOMHALL, Bruce, *International Justice and International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003.
- BROWNLIE, I., *System of the Law of Nations. State Responsibility Part I*, Clarendon Press-Oxford, New York, 1983.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1999.
- BRYSK, Alison (ed.), *Globalization and Human Rights*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 2002.
- BUERGENTHAL, Thomas, "International Law and the Proliferation of International Courts" en *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. V, 2001.
- _____, *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, 2^a ed., México, 1996.
- _____, GROS ESPIELL, Héctor, GROSSMAN, Claudio y MAIER Harold, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- _____, GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, Universidad Santiago de Cali, Colombia, 1995.
- BUFFARINI, Paula "La Responsabilidad civil judicial y su recepción en el Proyecto de Código Civil de 1998" en Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Enero-Diciembre de 2000, Año XL.No. 61, pp. 105-125.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, México, Porrúa, 2013.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- BUTLER, A. Hays, "The Growing Support for Universal Jurisdiction in National Legislation", ambos en MACEDO, Stephen (ed.) *Universal Jurisdiction and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004.
- CAFLISH, Lucius y CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de L'homme et le Droit International General" en *R.G.D.I.P.*, 2004-1, pp. 5-62.
- CALDERÓN, Jorge, "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano" en AA. VV., *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR y otros, Tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, pp. 220-257.
- CALLEWAERT, Johan, "La Subsidiarité dans L'Europe des Droits de L'Homme: La Dimension Substantielle" en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp. 13-61.
- CAMPOS BERNAL, Hebel Joel, "El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro" en AA. VV., *Control constitucional y activismo judicial*, Hebel Campos (ed.), Perú, Ara Editores, 2003, pp. 309-317.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Volkerrechts* - Tübingen (1977-1978) pp. 333-370.
- _____, "A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional", en González Volio, Lorena (ed.) *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.
- _____, "A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Ambito da Protação Internacional dos Directos Humanos", en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Vol. I, Corte IDH, San José, Costa Rica, 1998.
- _____, "Judicial Protection and Guarantees in the Recent Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights" en *Liber Amicorum 'In Memoriam' Of Judge José María Ruda*, Armas, Calixto, y otros (edts.) Kluwer Law International, Netherlands, 2000, pp. 527- 535.

- _____, "O Esgotamento dos recursos internos e a evolução de 'Vitima' no direito internacional dos Direitos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 3, enero-junio, San José, Costa Rica, 1986.
- _____, "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos" en *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, editado por Lorena González, presentado por Sonia Picato, IIDH, San José, Costa Rica, 1993, pp. 233-270.
- _____, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en AA. VV., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 189-214.
- _____, *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984
- _____, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.
- _____, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 400.
- _____, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 369 y ss.
- _____, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge University Press, 1983.
- _____, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, obra en tres tomos, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, T. I, 1997 (2ª Ed., 2003), T. II., 1999 y T. III, 2003.
- _____, PEYTRIGNET, Gérard y RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Porrúa, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro, "Balance of Powers, Human Rights, and Legal Integration: New Challenges for European Judges" en CLARK, David, (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- _____, *La responsabilidad judicial*, JUS. Fundación para la Investigación de las Ciencias Sociales, Argentina, 1988.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH de Aguascalientes, México, 2008.
- _____, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.
- _____, y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- _____, "Estudio Introductorio" en ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.
- _____, "Globalización y derecho: siete tesis" en DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-III, México, 2003.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales u en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, t. II, San José Costa Rica, IIDH-Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos-PRODECA, 2005, pp. 9-90.

- CARNERERO, Rubén, “Inmunidades estatales y violación de normas de *ius cogens*. La posición de la Corte Internacional de Justicia” ambos en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Sánchez Rodríguez*, TORRES BERNÁNDEZ, Santiago y otros (coords.), Madrid, Iprolex, 2013.
- CAROZZA, Paolo G., “Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law”, *Am J In’L*, 2003, Vol. 97, No.1.
- _____, “Constitutionalism’s Post-Moders Opening” en AA: VV., *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, LOUGHLIN, Martin (coord.), UK, Oxford University Press, 2007.
- CARPI, Federico, GIOVANNUCCI Orlandi, Chiara, (Eds.) *Judicial protection of human rights at national and international level. International congress on procedural law for ninth centenary of the University of Bologna*, Vol. II, Milano-Dott A. Guiffre Editore, 1991.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- _____, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª. Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 282-286.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Constitución y Derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario, Enero, 2004.
- _____, “El Estado Democrático: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 69, Septiembre-Diciembre 2003, pp. 115-138.
- CASSEL, Douglass, “El alcance e impacto cada vez mayor de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA. VV., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 215-258.
- CASSESE, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1985, III*, Tome 192, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- _____, “Remarks on Scelle’s Theory of « Role Splitting » (dédoublement fonctionnel) in International Law”, *1EJIL* (1990), pp. 210-231.
- _____, *International Law*, Oxford University Press, 2002.
- CASSESE, Sabino, “El Ordenamiento Jurídico Global” en *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010, pp. 31-51.
- _____, “El espacio jurídico global”, en *La globalización Jurídica*, INAP-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- CEBADA ROMERO; Alicia, “Los conceptos de *obligaciones erga omnes*, *ius cogens* y violaciones graves a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, 4 *REEI* (2002). www.reei.org.
- CELOTTO, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, enero-junio, 2004, pp. 3-14.
- CERNA, Christina, “La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales”, ambos en Instituto Interamericano Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, Serie de Estudios de Derechos Humanos, Tomo II, San José, 1995, pp. 377-396.

- CHARLICK, Robert, "Human Rights and the Future of International Politics: 'Realism' and Global Humanism", en David Barnhizer (ed.) *Effective Strategies for Protecting Human Rights*, Ashgate, USA, 2001.
- CHARNEY, J. I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", en Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 271 (1998) Martinus Nijhoff Publishers, pp. 101-382.
- CHAYES, Abram y HANDLER CHAYES, Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 27.
- CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi Editorial, España, 2001, pp. 44 y 45.
- CHINKIN, Christine, "Sources" en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Nueva York, U.S.A., Oxford University Press, 2010.
- CHORNET, Ramón, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1995.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.
- CLIFFORD WALLACE, J., "Globalization of Judicial Education" en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 28 (2003), pp. 355-364.
- COHEN, Amuchai, "Domestic Courts and Sovereignty", en AA. VV., *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, BROUDE, Tomer y Yuval SHANY (eds.), Oregon, Hart Publishing, 2008, pp. 269 y 270.
- COICAUD, Jean-Marc, DOYLE, Michael, GARNER, Anne-Marie (eds.), *The globalization of human rights*, United Nations University Press, Tokyo-New York-Paris, 2003.
- COLLINS, Lawrence, "Foreign Relations and the Judiciary" en *ICLQ vol. 51, July 2002*, pp. 485-510.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Ginebra, ICJ-CIJ, 2005, p. 17.
- CONFORTI, Benedetto (*rapporteur*), "The Activities of National Judges and the International Relations of their State, Revised Draft Resolution", 65 *Yearbook of the Institute of International Law*, Part I., 1993.
- _____, "Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations" en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004.
- _____, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993.
- _____, y FRACIONI, Francesco (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1997.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, "Las Leyes de Amnistía a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en CORCUERA, S. y GUEVARA, José Antonio (coords.), *Justicia Penal Internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 97-127.
- COROMINAS, Jordi, "La Globalización desde una perspectiva cultural. Diversidad de culturas, igualdad de derechos" en FORNET-BETANCOURT, Raúl, (Ed.) *Resistencia y Solidaridad. Globalización capitalista y liberación*, Editorial Trotta, España, 2003.
- COSSÍO, José Ramón, "Constitucionalismo y Globalización" en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.

- CRAWFORD, James y OLLESON, Simon, "The Nature and Forms of International Responsibility" en EVANS, Malcolm (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 445-472.
- _____, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentario*, Dykinson, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales, *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2002, pp. 29-53.
- D' ASPREMONT, Jean, "The systemic integration of international law by domestic courts: domestic judges as architects of the consistency of the international legal order" en O.K. FAUCHALD & A. NOLLKAEMPER (Eds.), *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*, Hart Publishing, 2012, pp. 141-165.
- DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- DE ASIS; Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.
- DE SHUTTER, Olivier, "La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L'Homme: La Dimension Procédurale" en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp. 63-130.
- DE WITTE, Bruno, "The past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights", en ALSTON, Philip (Ed.), *The EU and Human Rights*, Academy of European Law-European University Institute-Oxford University Press, 1999, pp. 859-897.
- DEGUERGUE, Maryse (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*. PUF, Coll. Droit et Justice, 2003.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio I., "Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH: Texto, contexto y proyección internacional", *El juicio de amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El patrimonio documental de la SCJN: Una postulación a la UNESCO*, México, SCJN, 2015, pp. 241-290.
- _____, "Anatomía del precedente internacional (Esbozo para la discusión)" en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo III: Justicia, Coordinado por Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González, Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, México, UNAM-III, 2015, pp. 75-107.
- _____, "Perfiles históricos y judiciales del *Caso Radilla Pacheco*", en AA. VV., *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de derechos Humanos*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, México, UNAM-III/Instituto de Formación Profesional, PGJDF, 2014.
- _____, "Justicia desde el olvido: violencia contra las mujeres en situación de conflicto armado y deber de memoria en la jurisprudencia interamericana", en AA. VV., *Las mujeres en los conflictos armados: El papel del Derecho Internacional Humanitario*, MONTROYA, Isabel (coord.), México, Fontamara/SCJN, 2014, pp. 131-174.
- _____, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: Un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012
- _____, "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos, especial referencia al sistema interamericano" en AA. VV., *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, CORSO Edgar (coord.), México, UNAM, 2009, pp. 531-574.
- _____, "La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2007, pp. 315-349.
- _____, "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano," en Manuel Becerra (coord.), *La Corte*

- Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM-III, México, 2007, pp. 23-61.
- _____, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.
- _____, "La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos", en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 663-686.
- _____, "Monopolio de los Partidos Políticos Vs Candidaturas Independientes: El Caso Michoacán SUP-JDC-037/2001 desde la óptica del Derecho Internacional" en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Año 2002, No. 7.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Global Law. A Triple Challenge*, Transnational Publishers, USA, 2003.
- DENZA, Eileen, "The relationship between international and national law" en EVANS, Malcolm (ed.), *International law*, UK, Oxford University Press, 2003, pp. 415-442.
- DÍAZ MÜLLER, Luis (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-III, México, 2003.
- DÍAZ REVORIO, Francisco, *La "Constitución Abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004.
- DÍEZ PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, España, La Ley, 1992-
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, "El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión? en AA. VV., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 57.
- _____, y MARTÍNEZ CAODEVILA. Carmen, *Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2001.
- DIJK, P. van, "Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary: the Dutch Case" en NOWAK, M. et al (eds.), *Fortschritt im Bewusstsein der Grund-und Menschenrechte*, N.P. Engel Verlag, Kelh-Strasbourg-Arlington, 1988.
- DIPLA, Haritini, *La Responsabilité de l'Etat pour Violation des Droits de l'Homme. Problèmes d'imputation*, Editions A. Pedone, Paris, 1994.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights In Theory & Practice*, 2a ed., Cornell University Press, Ithaca and London, 2003.
- DONOVAN, Donald Francis y ROBERTS, Anthea, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", *100 Am. J. Int'L*, p. 142.
- DRINAN, Robert, *The Mobilization of Shame, A World View of Human Rights*, Yale University Press, New Haven & London, 2001.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparaty Study*, Oxford University Press, 1985, pp. 20-56.
- DULITZKY, Ariel, "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI-2006, pp. 199-249.
- DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie, "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international" en *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, pp. 259-281.
- _____, "The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and the International Court of Justice", *31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL*, No. 4, summer, 1999.

- _____, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", *European Journal of International Law, EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- _____, "Quarante Ans de Codification du Droit de la Responsabilité Internationale des Etats. Un Bilan" en *RGDIP*, T. 107/2003/2, pp. 305-348.
- EAGLETON, Clyde, *The responsibility of states in international law*, The New York University Press, New York, 1928.
- EINSEWEILER, Laurence "La responsabilité des magistrats" en *Annales de Droit de Louvain*, 4/1996, pp. 415-441.
- EPP, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013.
- ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M. (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, IVR 2005, Granada, España, Mayo, 2005.
- ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M. (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, IVR 2005, Granada, España, Mayo, 2005.
- ESPARZA, Iñaki y José Francisco Etxeberria, "Derecho a un proceso equitativo" en AA.VV., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dirigido por Iñaki Lasagabaster Herrarte, Madrid, Civitas, 2004, pp. 146-226.
- ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, "La responsabilidad judicial a raíz de la Constitución" en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Vil. I., Universidad de Murcia, 1997, pp. 225-240.
- ESPÓSITO, Carlos, "El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia"
- ESTÉVEZ, Ariadna, "Derechos humanos y sociedad civil global: un abordaje discursivo", *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, No. 3, 2008, pp. 5-24.
- EUSTATHIADES, Constantin, Th. *La Responsabilité Internationale de L'Etat pour les Actes des Organes Judiciaires et le Problème du Déni de Justice en Droit International*; Tome I, Éditions A. Pedone, Paris, 1936.
- EVANS, Malcolm, "State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm" en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004, pp. 139-160.
- EVANS, Tony, *The Politics of Human Rights. A global Perspective*, 2ª ed., Pluto Press, London, 2005.
- FALK, Richard, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, 1964.
- _____, "The coming global civilization: neo-liberal or humanist?" y "The quest for humane governance in an era of globalization", ambos en *Law in An Emerging Global Villaga: A Post-Westphalian Perspective*, Transnational Publishers, New York, USA, 1998.
- _____, "The Coming Global Civilization: Neo-Liberal or Humanist?", en ANGHIE, Antony y STURGESS, Garry (eds.), *Legal Visions of 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, pp. 15-32.
- _____, *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002.
- _____, "Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?", en MACEDO, Stephen (ed.) *Universal Jurisdiction and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp. 97-120.
- FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, España, Trotta, 2001.

- FARIÑAS Dulce, María José, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2000.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2ª ed., San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 227.
- FEREJOHN, John, “Judicialización de la política, politización de la ley” en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLV, núm. 184., enero-abril, 2002.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, “La aplicación judicial del Derecho Internacional: sectorización, algunas consecuencias y la necesidad del compromiso con la justicia” en *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, España, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, España, 2002.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coords.) *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, España, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2. Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2011.
- _____, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- _____, “Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: un Constitucionalismo Global”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 313-324.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, España, 2001.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2ª.ed., Editorial Trotta, España, 2001.
- _____, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, Colombia, 2001.
- FERRARI-BRAVO, Luigi, “International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems” en MACDONALD, R. Dt. J, y JOHNSTON, Douglas, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Part 2, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-Lancaster, 1983, pp. 715-744.
- FERRER LLORET, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional*, Editorial Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid 1999.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, UNAM-Marcial Pons, 2013.
- FERRER, Aldo, *Historia de la Globalización II. La Revolución industrial y el Segundo Orden Mundial*, Fondo de Cultura Económico, 2000.
- _____, *Historia de la Globalización. Origen del Orden Económico Mundial*, Fondo de Cultura Económica, 1996,
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- FIAROVANTI, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trad. Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, España, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política” en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Segunda edición, México, 2001.

- _____, “Relación entre los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en AA.VV., *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013.
- FLAUSS, Jean-François, “Compétence civile universelle et droit international général”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order. Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 385-415.
- FLEMING, Rebecca, “Holding State Sovereigns Accountable for Human Rights Violations: Applying the Act of State Doctrine Consistently with International Law”, *23 Md. J. Int'l L & Trade*, 1999.
- FOX, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002.
- FRANCK, Thomas & FOX, Gregory (Ed.), *International law decisions in national courts*, Transnational Publishers, USA, 1996.
- _____, *Political Questions/Judicial Answers. Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.
- GAJA, Giorgio, “Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by Other States?” en RAGAZZI, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2005.
- GARCÍA AMADOR, F.V., *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1963.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 2ª ed., Civitas, España, 2001.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Raíz y Horizonte de los Derechos ‘Sociales’ en la Constitución Mexicana” en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, CIDH, San José, Costa Rica, 1998.
- _____, “Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)”, en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, número 1, julio-diciembre, 1999.
- _____, (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM-CorteIDH, México, 2001.
- _____, “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos; actualidad y perspectivas”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 54, junio, 1998.
- _____, “Las reparaciones en el sistema interamericano de Protección de los derechos humanos” en *La Jurisdicción Internacional. Derechos humanos y la Justicia penal*, México, Porrúa, 2003.
- _____, “El control judicial interno de convencionalidad” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 211-243-
- _____, “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003.
- _____, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 271-343.
- _____, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012.
- _____, *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal*, México, Porrúa, 2003.
- _____, “Reparaciones de fuente internacional por violaciones de derechos humanos (Sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1º Constitucional bajo la reforma de 2011), en AA. VV., *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, ZALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (coords.), México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 167-199.

- _____, y Julieta MORALES, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012.
- _____, y Mauricio DEL TORO HUERTA, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y Transformaciones*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- GARCÍA ROCA, Javier y José Miguel Vidal Zapatero, “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia” en AA.VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 365-407.
- _____, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula “necesario en una sociedad democrática”*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Justicia interamericana y tribunales nacionales” en AA.VV., *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013.
- _____, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales internos” en AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José C.R., Corte IDH, 2005, pp. 323-384.
- GARDBAUM, Stephen, “Human Rights and International Constitutionalism” en DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009, pp. 233-257.
- GARDNER, John, “Judicial Precedent in the Making of International Public Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law, Third Series*, Vol. 17, No. 4 (1935), pp. 251-259.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GARIBALDI, José Alberto, “El dilema de Fausto: economía, política y cambio institucional en un contexto globalizado” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición a la democracia” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 45, noviembre, 2002.
- GATTINI, Andrea, “A Return Ticket to 'Communitarisme', Please”, *European Journal of International Law, EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- GEORGE, Susan y WOLF, Martín, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Anagrama, Barcelona, 2002.
- _____, “¿Globalización de los Derechos” en GIBNEY, Matthew, (ed.) *La Globalización de los Derechos Humanos*, Crítica, Barcelona, España, 2003.
- GIBNEY, Mark y FRANKOWSKI, Stanislaw (Editors), *Judicial Protection of human rights: Myth or reality?*, Westport, Connecticut: Praeger, 1999.
- GIBNEY, Matthew, (ed.) *La Globalización de los Derechos Humanos*, Crítica, Barcelona, España, 2003.
- GIDDENS, A., *Las consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Jurisdicción internacional de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la fórmula de la cuarta instancia” *Boletín*

- Informativo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, No. 163, Noviembre 1999, pp. 12-16.
- GINER DE SAN JULIÁN, Salvador, “La naturaleza de la Mundialización” en CAPELLA, Juan Ramón (coord.) *Transformaciones del Derecho en la Mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso, “Cláusula Calvo” en *Diccionario de Derecho Internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001.
- _____, “Significación jurídica en el Derecho Internacional de la regla del ‘previo agotamiento de los recursos internos’”, en *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Derechos Humanos: universalidad y relativismo cultural” en NIETO NAVIA, R. (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, C.R., 1994, pp. 209-222
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2002.
- GORDILLO PÉREZ, Luis, “La concepción pluralista vs. la concepción constitucionalista del ordenamiento jurídico internacional” en *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 459-474.
- GREENWOOD, Christopher, “State Responsibility for the Decisions of National Courts” en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 55-73.
- GUARNIERI, Carlos y PEDERZOLI, Patrizia, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*, Taurus, España, 1999.
- GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 5-23.
- GÜNTHER, Klaus, “Pluralismo y Código Universal de la Legalidad: La globalización como problema de Teoría del Derecho”, trad. Joaquín Brage Camazano, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Col. 4, 2003, pp. 225-257.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’”, en *REDI*, vol. LIII (2001), 1 y 2, pp. 11-48.
- GUTIÉRREZ Espada, Cesáreo, *El hecho ilícito internacional*, España, Dykinson, 2005-
- HAAS, Peter, “Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics” en SHELTON, Dinah (ed.) *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding norms in the International Legal System*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 44.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, Igualdad y Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trad. Ignacio Gutiérrez, Editorial Trotta, España, 1988.
- _____, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996.
- _____, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, España, 2000, pp. 62 y ss.
- _____, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996. pp. 15-46.
- _____, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Tecnos, España, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, “¿Es aún posible el proyecto Kantiano de la constitucionalización internacional?”, en ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M. (eds.), *Derecho y justicia en una*

- sociedad global. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, IVR 2005, Granada, España, Mayo, 2005, pp. 101-113.
- HALBERSTAM, Daniel, "Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States" en DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009.
- HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 3th Ed., Oxford Clarendon Press, Great Britain, 1994.
- HAYNER, Priscilla, «Fifteen Truth Commissions-1974-1994 : A Comparative Study » en *Human Rights Quarterly*, v. 16, No. 4, noviembre (1994), pp. 597-655; SHABAS, William y DARCY, Shane (eds.), *Truth Commissions and Courts. The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 2004.
- HELD, David, "¿Hay que regular la Globalización? La reinención de la política", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- _____, *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, España, 1997.
- HENDERSON, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del Principio *Pro homine*", en *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, SRE-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Unión Europea, México, 2005, pp. 37-66.
- HENKIN, Louis, *Derecho y política exterior de las naciones*, Gel, Argentina, 1986, p. 244.
- _____, *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990.
- HERNÁNDEZ Marín, R, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- HIGGINS, Rosalyn, "The concept of 'the State': variable geometry and dualist perceptions" en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/ L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England, 2004.
- HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tomo I: Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Pacto de San José de Costa Rica, La Carta Social Europea*, Ediar, Argentina, 1991.
- HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, España, Gedisa, 2000.
- HOLDERBACH-MARTIN, Virgine, "La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle face aux exigences du droit européen" en *LE DALLOZ*, 2003, No. 1/7098, pp. 23-27.
- HOOF, Fried van, "International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?" en CASTERMANS-HOLLEMAN, Monique, *et al*, (eds.), *The Role of Nation-State in the 21st Century, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Meter Baehr*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, p. 47.
- HUESA VINAIXA, Rosario, " El Derecho de la Responsabilidad Internacional y la Carta de las Naciones Unidas: Consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas" en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV-2002, No. 2, pp. 587-616.
- IMBERT, Pierre-Henri, "Los derechos humanos en la actualidad", en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.

- JACOB, Marc, "La función sistémica del precedente: Perspectivas del Derecho Internacional" en BOGDANDY, Armin von; Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, pp. 675-716.
- JAYAWICKRAMA, Nihal, *The judicial application of human rights law. National, regional and international jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002.
- JENNINGS, Robert, "The Pinochet Extradition Case in the English Courts" en L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality / L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer Law International, Printed in The Netherlands, 2001, pp. 677-698.
- JIMENA Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "Responsabilidad Internacional" en Max SORENSEN (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, reimp., 1994.
- _____, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 7, enero-junio. 1998.
- _____, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, España, 2003.
- KADRAGIC, Alma, *Globalization and Human Rights*, Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2006.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.
- KENNEDY, David, *The Dark Side of Virtud. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.
- KLABBERS, Jan, *International Law*, UK, Cambridge University Press, 2013.
- KLEIN, Pierre, "Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law", *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- KNOP, Karen, "Here and There: International Law in Domestic Courts" *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Winter 2000, Num. 2, pp. 501-535.
- KOKOTT, Juliane, "Fair-Trial-the Inter-American System for the Protection of Human Rights" en WEISSBRODT, David y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *The Rights to a Fair Trial*, Germany, Springer, 1998, pp. 133-162.
- KOSKENNIEMI, Martti, "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, Issue 1 (January 2007), pp. 9-36.
- KRATOCHVÍL, Jan, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.
- KREIJEN, Gerard (ed.), *State, Sovereignty and International Governance*, Oxford University Press, 2002.
- KUHN, T., *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Paídos I.C.E./ U.A.B., Barcelona, 1989.
- _____, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- KUMM, Mattias, "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State" en DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel

- (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009, pp. 258-324.
- KUNADT, Nadja, "The Responsibility to Protect as a General Principle of International Law" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 187-226.
- LAFUENTE BALLE, José Ma.; *La judicialización de la interpretación constitucional*, Editorial COLEX, España, 2000.
- LAW, Castor H. P., *The Local Remedies Rule in International Law*, Droz, Ginebra, 1961.
- LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 2008.
- LO, Ying-Jen, *Human Rights Litigation Promoting International Law in U.S. Courts*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, España, AKAI, 1991.
- LÓPEZ MUÑOZ, Riansares "Independencia y responsabilidad del juez" en *Revista General de Derecho*, Año- LIII-Núm. 635, pp. 10405-10428.
- MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, 1999.
- MACDONALD, R. St. J., "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" en Academy of European Law (ed.) *Collected Courses of the Academy of European Law*. Volume I, Book 2, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1992, pp. 95-161.
- _____, "The Margin of Appreciation" en R. St. J. Macdonald *et al* (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers. The Netherlands, 1993, pp. 83-124.
- MALLESON, Kate, *The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate-Dartmouth Publishing Company, USA, 1999.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002.
- MARINA, José Antonio y María DE LA VÁLGOMA, *La lucha por la dignidad*, Barcelona, Anagrama, 2005.
- MARKESINIS, Basil y FEDTKE, Jörg, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* Londres-Nueva York, Routledge, 2006.
- MARKS, Susan y CLAPHAM, Andrew, "Universality", en *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 385-398.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Globalización y Derechos Humanos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 15, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2001.
- MARTÍNEZ Jenny, "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, Vol. 56:429, November 2003.
- MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, "Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights", B. Conforti, *et al.* (eds.), *The Italian Yearbook of International Law*, Volume X (2000).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Universidad de Chile-CDH, 2003.
- MÉNDEZ, Juan E., "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos" en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª ed., Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- MERON, Theodor, (Ed.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford University Press, 1989; ROBERTSON, A.H. & MERRILLS, J.G., *Human Rights in the World. An introduction to the study of the international protection of human rights*, 4th Ed. Manchester University Press, 1996.
- MERON, Theodor, "International Law in the Age of Human Rights", *Recueil des Cours*, vol. 301 (2003)
- MERRILLS, J.G., *The Development of International Law by the European Court Of Human Rights*, 2th, 1993
- MONROY CABRA, M, "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en CIDH, *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., OEA, 1984.
- MONSHIPOURI, Mahmood, ENGLEHART, Neil, NATHAN, Andrew, PHILIP; Kavita (eds.), *Constructing Human Rights in The Age of Globalization*, M.E. Sharpe, Armonk, New York-London, England, 2003.
- MORA Molina, Juan Jesús, "Globalización económica y derechos humanos. ¿Derechos economizados?" en *Sistema*, 170, 2002, pp. 69-86.
- MORELLO, Augusto, *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1994.
- MORENO, Isidro, "Mundialización, Globalización y Nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación" en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2^a Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- MORIN, E., *La Vía para el futuro de la humanidad*, España, Paidós, 2011.
- MÜLLERSON, Rein, FITZMAURICE, Malgosia, ANDENAS, Mads (Eds), *Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe*, Kluwer Law International, London, 1998.
- MUSILA, Godfrey, "The rights to an effective remedy under the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights", *African Human Rights Law Journal*, 6 (2006), pp. 442-464.
- NACIONES UNIDAS, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, United Nations, New York-Geneva, 2003, pág. 118. (En adelante se citará como *Manual sobre Derechos Humanos en la Administración de Justicia*).
- NASH Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, 2^a ed., Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Chile, 2009.
- NIKKEN, Pedro, "El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José" en ARISMENDI, Alfredo y CABALLERO ORTIZ, Jesús (Coords), *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, T. III, Madrid, Civitas, 2003.
- NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su Desarrollo Progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1987.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales" en AA.VV., *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, coordinado por Saiz Arnaiz, Alejandro y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), México, Porrúa-UNAM, 2012.
- NOGUEIRA Alcalá. Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus-IIDH, 2014.
- _____, "Uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno" en *Derechos fundamentales, bloque constitucional de*

- derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus, 2014, pp. 207-276.
- NOLLKAEMPER, André, *National Courts and the International Rule of Law*, IK, Oxford University Press, 2011.
- NOLTE, Georg, "From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations" en *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5, pp. 1083-1098.
- _____, "Universal Jurisdiction in the Area of Private Law-The Alien Tort Claim Act" en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (eds.) *The Fundamental Rules of International Legal Order. Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 373-383.
- NUÑEZ NEGRETE, Manuel, "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, NUÑEZ POBLETRE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.), México, UNAM, 2012.
- NUSSBAUM, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Argentina, Katz Editores, 2010.
- O'DONNELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
- _____, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.
- OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions" en J.a. Frowein and R. Wolfrum (eds.) *Maw Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 5, 2001, pp. 67-104.
- OLOWOFOYEKU, Abimbola, "State Liability for Exercise of Judicial Power" en *Public Law*, Autumn 1998, Sweet & Maxwell, pp 444-462.
- ORDÓÑEZ Solís, David, *El cosmopolitismo judicial en la sociedad global. Globalización, derecho y jueces*, Thomson-Aranzadi, España, 2008.
- ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Aguilar, 1975, p. 40.
- FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- PASTOR RIDRUEJO, «Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cour Général de Droit International Public», *Recueil des Cours* 1998.
- _____, "La Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos" en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, España, 2002, pp. 521-532.
- _____, "Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Temas Escogidos", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.) *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2001.
- _____, "Una estrategia integrada para la protección internacional de los derechos humanos", *Persona Humana y Derecho Internacional. Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1007-1025.
- _____, « Le Droit International á la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs », *Recueil des Cours*, volume 274 (1998).

- _____, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083.
- _____, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed., Tecnos, España, 2002.
- PAULSSON, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.
- PAULUS, Andreas, "The International Legal System as a Constitution" en DUNOFF y TRACHTMAN, en DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009, pp. 69-109.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991.
- _____, "La universalidad de los derechos humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editado y presentado por Rafael Nieto Navia, Corte IDH, San José, C.R., 1994, pp. 411-412.
- _____, Rafael DE ASÍS ROIG y María del Carmen BARRANCO, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, España, 2004.
- PEGORARO, Lucio, "Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos, Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado" en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 33-80.
- PELLET, Alain, "The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for internationally Wronful Acts: A Requiem for States' Crime?" en *NYIL*, Vol. XXXII-2001, pp. 55-79.
- PEÑA, FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, España, 1997.
- PÉREZ GIRALDA, Aurelio, "El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", 4 *REEI* (2002). www.reei.org.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?", en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- PERNICE, Ingolf, "The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism. A Legal Response to the Challenges of Globalisation", en *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, pp. 973-1006 (Disponible en <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0908.pdf>).
- PERREZ, Franz Xaver, *Cooperative Sovereignty. From Independence to Interdependence in the structure of International Environmental Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.
- PETERS, Anne, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 3, pp. 513-544.
- PETZOLD, Herbert, "The Convention and the Principle of Subsidiarity" en R. St. J. MACDONALD, et al. (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1993, pp. 41-62.
- PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los*

- tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.
- PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derecho: las Vías del Consmopolitismo Jurídico", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- _____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 19-36.
- PIZA ROCAFORT, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de Centro América, San José, C.R., 1988.
- _____, y TREJOS, Gerardo, *Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.
- POIARES MADURO, Miguel, "Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism" en DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, UK, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-379.
- POLAKIEWICZ, Jörg y JACOB-FOLTZER, Valérie, "The European Human Rights Convention in Domestic Law: The impact of Strasburg Case-law in States where Direct Effect is Given to the Convention" en *Human Rights Law Journal*, Vol. 12, No. 3, pp.65-85 y Vol. 12, No. 4, pp. 125-142, March-April, 1991.
- POST, Robert y Reva SIEGEL, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2003.
- PUREZA, José Manuel, *El Patrimonio Común de la Humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?*. Trad. Joaquín Alcaide Fernández, Editorial Trotta, España, 2002.
- PYLEE, M.V. *Constitutions of the World*, 2ª ed., Universal Law Publishing, Delhi, 2003.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH", en GARCÍA ROCA, Javier y Pablo A. Fernández Sánchez, *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- _____, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- QUISPE REMÓN, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- RAGAZZI, Maurizio (ed.) *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2005.
- RAMCHARAN, Bertrand G., (ed.) *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Martines Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.
- RAMÍREZ Cleves, Gonzalo (ed.), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007.
- RATNER, Steven, "Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem" en 97 *AJIL* (2003), pp. 888-897.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior-Biblioteca nueva, Madrid, 1999.
- _____, y otros., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997 (Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2007)
- _____, "¿Nuevo Orden o Derecho Internacional?", en *Claves de Razón Práctica*, No. 132, 2003, pp. 4-14.

- _____, "La noción de regímenes internacionales den el Derecho Internacional Público" en AA. VV., *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, RODRIGO, Ángel y Caterina GARCÍA (eds.), Madrid, Tecnos, 2011, pp. 167-176.
- _____, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial" en *El derecho penal internacional*, VII-2001, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, España, 2003.
- RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2001.
- REQUEJO ISIDRO, Marta, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil. (Transnational human rights claims)*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2009.
- REVELLI, Marco, "La ideología de la globalización y su realidad" en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *Las generaciones de los derechos humanos. Libertad-igualdad-fraternidad*, 4ª ed., Universidad Libre, Bogotá, Colombia, 2006.
- RIVERA, Mauro A. "Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario" en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm., 22, enero-junio 2010, pp. 223-260.
- RODRÍGUEZ, César, *Estudio preliminar. La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, Santa fe de Bogotá, 1997.
- RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en AA. VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, GUEVARA, José (coords.), Fontamara-Universidad Iberoamericana-Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, México, 2004.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "El Derecho a los Tribunales en los Litigios de Carácter Civil en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 329-351.
- ROLLA, Giancarlo, "Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, no. 54, septiembre-diciembre, 1998.
- _____, "Derechos Fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional" en *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.
- _____, "Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, no. 54, septiembre-diciembre, 1998, pp. 39 y ss. El mismo texto también en *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.
- ROMANO, Cesare, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of The Puzzle", *International Law and Politics*, Vol. 31.
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Trad. Fernando Jiménez Artigues, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1966.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 67, enero-abril, 2003, pp. 49-67.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, "Algunas Consideraciones sobre las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio A.*

- Cançado Trindade*, Zerbini Ribeiro, Renato, (coord.) Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005, pp. 95-133
- SAGÜES, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, No. 1, enero-junio, 2004, Editorial Porrúa-IIDOC, México, pp. 199-219.
- SAGÜES, Néstor, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano” en Armin von Bogdandy y otros (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 449-468.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- , “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos” en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- SALADO Osuna, Ana, “El ‘plazo razonable’ en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en AA.VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- SALGADO PESANTES, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad” en Armin von Bogdandy y otros (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM-Max Planck Institute-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 469-495.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- SANDS, Philippe, “After Pinochet: The Proper Relationship Between National and International Courts” en L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality / L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer Law International, Printed in The Netherlands, 2001, pp. 699-715.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Trad. César Rodríguez, 1ª ed., 2ª reimp., ILSA-Universidad de Colombia, 2002.
- , “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en GÓMEZ ISA, Felipe y PUREZA, José Manuel, (Eds.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, España, 2003.
- , *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, Editorial Trotta-ILSA, Madrid, 2009.
- , *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

- SCELLE, Georges, *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique, Deuxième Partie, Recueil* Sirey, Paris, 1934.
- SCHREUER, Christoph, *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Oceana Publications, USA, 1981,
- SCOBIE, Iain, "The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, "La Corte Internacional de Justicia, interpretación constitucional por cortes supremas y la función de otras ramas de gobierno", en PEREZ VÁZQUEZ, Carlos y Javier HERNÁNDEZ (coords.), *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales (México 2012)*, México, SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional y derechos humanos*; CNDH; México; 1991.
- SERRANO, Sandra, "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- SHANY, Yuval, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law", *EJIL*, Vol. 16 no. 5, 2006.
- , *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford University Press, 2007.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *La jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- SIMBEYE, Yitiha, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate, England-USA, 2004.
- SKURBATY, Zelim, (ed.) *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, "Court to Court", *92 Am. J. Int'l L.* (1998).
- , "Judicial Globalization", *40 Va. J. Int'l L.* (2000).
- , "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, Num. 1, Winter, 2003.
- , *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.
- , "A Typology of Transjudicial Communication" en Franck, T. y Fox, G. (ed.) *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, USA, 1996, pp. 37-69.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "Las relaciones de subsidiariedad entre regímenes internacionales" en AA. VV., *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, RODRIGO, Ángel y Caterina GARCÍA (eds.), Madrid, Tecnos, 2011, pp. 195-213.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, "El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948" en PÉREZ LUÑO A. (coord.), *Derecho y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- SOYINKA, Wole, *Clima de miedo*, Tusquets, España, 2007.
- SPIELMAN, Dean, "Human Rights Case Law in the Strasburg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities" en ALSTON, Philip (Ed.), *The EU and Human Rights*, Academy of European Law-European University Institute-Oxford University Press, 1999, pp. 757-780.

- SPINEDI, Marina, "From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of Responsibility", *European Journal of International Law, EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- _____, "Bibliography on the Codification of State Responsibility by the United Nations, 1973-1985" en M. SPINEDI y B. SIMMA (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, Nueva York, Oceana, 1987.
- STACY, Helen, "Relational Sovereignty", *Stanford Law Review*, May 2003.
- STEINER, Christian y Patricia Uribe, "Introducción general", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- STEINER, Henry & ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context*, 2ª ed., Oxford University Press, 2000 (1ª ed., 1996).
- STIRLING-ZANDA, Simonetta, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Étude comparée de la pratique européenne*, Schulthess, Zürich, 2000.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, USA, 2000.
- SUDRE, Frédéric, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GOUTTENORE, Adeline, LEVINET, Michel, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2ª ed., Thémis, Presses Universitaires de France, 2003.
- SWEENEY, James, "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *ICLQ* vol. 54, April 2005, pp. 459-474.
- SYMONIDES, Janusz, *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO/Publishing, Great Britain, 2003.
- SZABO, Imre, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores" en VASAK, Karel (ed.), Traducción de Herman Sabaté y María José Rodeller, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Tomo I, Serbal/Unesco, España, 1984.
- TAMS, Christian, "All's Well That Ends Well. Comments on the ILC's Articles on State Responsibility", *ZaöRV* 62/3 (2002), pp. 759-808.
- _____, "Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?" , *European Journal of International Law, EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- TARUFFO Michele, "Dimensioni transculturali della giustizia civile" en *Revista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè Editore, Anno LIV, Fasc. 4, 2000.
- TATE, C. Neal y VALLINDER Torjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, USA, 1995.
- TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Colombia, Universidad del Externado, 2005, pp. 119 y 120.
- THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de Poderes Hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pp. 230-231.
- TOMUSCHAT, Christian, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law" en RANDELZHOFFER, A. & TOMUSCHAT, C. (eds.), *State Responsibility and the Individual*, Kluwer Law International, Great Britain, 1999, pp. 1-25.
- _____, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2003.
- TOSCANO, Roberto, "Interrogantes éticos sobre la Globalización" en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- TOURAINÉ, Alain, "La globalización como ideología", *El País*, 29 de septiembre de 1996.
- _____, *Después de la crisis*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 156.
- TRAVIESO, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1990.

- _____, *Historia de los derechos humanos y garantías*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993.
- TWINING, William, *Globalisation and legal theory*, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000 (existe versión reducida en castellano *Derecho y Globalización*, Trad. Óscar Guardiola-Rivera, et al, Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre editores, Colombia, 2003).
- TZANAKOPOULOS, Antonios, “Domestic Courts as Agents of Development of International Law”, (2013) 26 *Leiden Journal of International Law*, Issue 03, septiembre, pp. 531-540.
- _____, “Domestic Courts as the ‘Natural Judge’ of International Law: A Change in Physiognomy” in James Crawford And Sarah Nouwen (eds), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, (vol. 3, Hart, Oxford 2012), pp. 155–168.
- _____, “Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts”, (2011) 34 *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, pp. 133–188.
- ULLMAN, Richard, “Human Rights toward International Action”, en Dominguez, J.; Rodley, N.; Wood, B.; Falk, R., *Enhancing Global Human Rights*, McGraw-Hill, New York, 1979.
- UMBAC, Dieter, “The relationship between the German Federal Constitutional Court and The European Court of Justice-Cooperation or confrontation?”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context-La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, España, 2003, pp. 449-472.
- URUENA, Rene, “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”, *Revista Derecho del Estado*, No. 30, enero-junio de 2013, Universidad Externado de Colombia, pp. 301-328.
- VASÁK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. 1, Serbal-Unesco, 1982.
- VÁZQUEZ CARDOZO, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario” en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, 2008, pp. 377-401.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª Ed., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2003.
- VERDUSSEN, Marc, “L’ Application de la Convention Européenne des Droits de L’Homme par les cours constitutionnelles” en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context-La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, España, 2003, pp. 1555-1572.
- VERGOTTINI, Guiseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas, 2010.
- VIDAL ZAPATERO, José Miguel, “El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (Art. 6.1 CEDH)” en AA.VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 329-364.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena” en Instituto Interamericano Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, Serie de Estudios de Derechos Humanos, Tomo II, San José, 1995, pp. 331-376.
- _____, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

- _____, “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 1998.
- VILLEGAS DELGADO, César, *La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, Navarra, Aranzadi, 2013.
- WADE, J.A., “Executive and Judiciary in Foreign Affairs. Recognition of Foreign Lawmaking Entities” en T.M.C. Asser Instituut, *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 235-257.
- WALTER, Christian, “International Law in a Process of Constitutionalization”, en AA.VV., *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*, NIJMAN, Janne y NOLLKAEMPER, André (eds.), UK, Oxford University Press, 2007, pp. 191-215.
- WOLFRUM, Rüdiger, “Internationally wrongful acts” en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 10 (1987), p. 273.
- WYLER, Eric, “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of International Law*, *EJIL* (2002), Vol. 13 No. 5.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Editorial Trotta, España, 1995.
- ZEMANEK, Karl, “Responsibility of states: General principles”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 10 (1987), p. 367.
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana, “Global Trends and Global Court: The Legitimacy of World Governance” en *The Global Community of International Law & Jurisprudence 2004*, 4(1): 127-169.
- _____, “A New Dimension of International Law: The Global Law” (Editor’s introduction), en *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, Vol. I, 2005, pp. xvi-xxx.
- _____, “The Law of the Global Community: An Integrated System to Enforce ‘Public’ International Law” ambos en *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, Vol. I, 2005, pp. 71-120.
- ZOLO, Danilo, *Globalización. Un mapa de los problemas*, trad. Miguel Montes, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2006.

II. Documentos

- Asamblea General. “El estado de derecho en los planos nacional e internacional”. A/RES/69/123, 18 de diciembre de 2014. Sobre el mismo tema: A/RES/68/116, A/RES/67/97, A/RES/66/102, A/RES/65/32, A/RES/64/116, A/RES/63/128, A/RES/62/70 y A/RES/61/39.
- _____, “Criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, afirmaba que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes”. A/RES/32/130. 16 de diciembre de 1977.
- _____, Resolución sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobada sin votación por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] en su 85ª sesión plenaria el 12 de diciembre de 2001. Res. A/RES/56/83.
- _____, *Documento final de la Cumbre Mundial 2005*, A/RES/60/1. 24 de octubre de 2005.
- _____, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad*, A/HRC/5/7, 7 de junio de 2007.

- _____, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 17/2 del Consejo de Derechos Humanos*. Doc. A/68/285, 7 de agosto de 2013.
- _____, *Informe sobre Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la Impunidad*, Doc. A/61/384, 25 de septiembre de 2006.
- _____, *Informe 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*. Asamblea General. Documentos Oficiales, 56° Periodo de sesiones, Suplemento No 10 /A/56/10), Nueva York, 2001, p. 21.
- _____, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Sra. Gabriela Knaul, A/67/305, 13 de agosto de 2013.
- _____, *Independencia de los jueces y abogados*. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia a los jueces y abogados, Sra. Gabriela Knaul, presentado de conformidad con la resolución 26/7 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/69/294, 11 de agosto de 2014.
- Comisión de Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.702 de 18 de julio de 2006 y A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006.
- _____, Informe de la a la Asamblea General (28° periodo de sesiones)”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte.
- Comisión de Derechos Humanos, *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 6.
- _____, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy en el 60° período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad.” Doc. E/CN.4/2004/60, de 31 de diciembre de 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- _____, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007.
- _____, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc 44, 5 de diciembre de 2013.
- _____, *Informe No. 15/04, Petición 0518/2001, Admisibilidad, Derrick Tracey (Jamaica)*, 27 de febrero de 2004.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Res.4(XI)92: Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial (1992)
- _____, *Lawyers for Human Rights v Swaziland (2005)* AHRLR 66 (ACHPR 2005)
- _____, *Doebbler v. Sudan (2009)* AHRLR 208, *Communication No. 235/2000*
- _____, *Antoine Bissangou v. Republic of Congo, Communication No. 253/2002 (2006)*
- _____, *Amnesty International & al./Sudan, Communications 48/90, 50/91 and 89/93 (2000)*
- _____, *Sir Dawda K. Jawara v. The Gambia, Communications 147/95 y 149/96*
- Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 24*, 52° período de sesiones (1994), pár. 8. Texto disponible en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 de 26 de abril de 2001.

- _____, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General No. 31, sobre la “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
- _____, Observación General No. 32 sobre el “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 18.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Comentario General No. 3. “La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”. Doc. E/1991/23.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa
- _____, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies.
- _____, Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights.
- _____, Recommendation No. R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.
- _____, Recomendación No. R. (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, respecto del derecho de asociación de los jueces”.
- Consejo de Derechos Humanos *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 21/7. El derecho a la verdad*, Doc. A/HRC/RES/21/7, 10 de octubre de 2012.
- Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos. Informe preliminar presentado por J. Oloka-Onyango y Deepika Udagama, de conformidad con la resolución 1999/8 de la Subcomisión*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 de junio de 2000.
- _____, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, “Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia.” Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.26.
- Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), Informe No. 13 (2010) “El papel de los jueces en la ejecución de las resoluciones judiciales” Estrasburgo, 19 de noviembre de 2010 CCJE (2010)2 Final.
- Council of Europe, *Judicial Power and Public Liability for Judicial Acts. Proceedings of the Fifteenth Colloquy on European Law*, Strasbourg, 1986.
- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Application No 011/2011 – Rev. Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Judgment, 14 June 2013.
- Instituto de Derecho Internacional, *Déclaration des droits internationaux de l’homme*, Session de New Cork, 1929.

III. Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403.*
- Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 63.*
- Ambatielos, Merits, I.C.J., Reports 1953, p. 10.*

Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, I.C.J., Reports 1958, p. 55.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C.J. Reports 2004, p. 12.

Barcelona Traction, Light and Power Comany, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 33.

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995, p. 90.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I:C:J. Reports 2008, p. 177.

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 8.

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999, p. 62.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7.

Interhandel Case (Switzerland v. United States of America), Objeciones Preliminares, Sentencia de 21 de marzo de 1959, Reports 1959, p. 27.

Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (south-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Order of 29 January 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 131.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136.

Nuclear Test Case (Australia v. France), Judgment, 20 December 1974, No. 58. CIJ, Reports 1974, p. 268.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 422.

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 23.

South West Africa (Ethiopia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

Corte Permanente de Justicia Internacional

Certain Questions relating to German Settlers in Poland, Advisory Opinion, 1923, Series B, No. 6.

Mavrommatis Palestine Concession, Reports 1925, Series A, No. 5.

Case Concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, 1926, Series A, No. 7.

Case Concerning the Factory at Chorzów, 1928, Series A, vol. 3, No. 17, p. 29.

Jurisdiction of the Courts of Danzing, 1928, Series B, No. 15, p. 2.

“Lotus”, 1972, Series A, No. 10, p. 24.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Asunto Viviana Gallardo y otras, Decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A.

Opiniones Consultivas

“Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1.

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, No. 2.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.

La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6.

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Seria A, No. 16.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Casos Contenciosos

Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98.

Caso “La Última Tentación de Cristo”. (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso “Instituto de Reeducción del Menor”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109.

Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Baena Ricardo y Otros (270 trabajadores vs. Panamá), Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70.

Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81.

Caso Brewer Carías vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.

Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso Cesti Hurtado versus Perú, Sentencia de 26 de enero de 1999, Serie C No. 49.

Caso Cesti Hurtado, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de enero de 1999, Serie C No. 49.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.

Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55.

Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares, Sentencia de 28 de mayo de 1999, Serie C No. 50.

Caso Durand y Ugarte. Sentencia sobre fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126.

Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepción preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Caso García Lucero y otras v. Chile, Excepción preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C, No. 267.

Caso García y Familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39.

Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

Caso Genie Lacayo, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.

Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.

Caso Godínez Cruz, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5.

Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Caso Hilaire. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80.

Caso Huilca Tecse vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C No. 121.

Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54.

Caso Ivcher Bronstein, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 174.

Caso Juan Humberto Sánchez. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99.

Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1º de Febrero de 2000, Serie C No, 67.

Caso Las Palmeras, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90.

Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119.

Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103.

Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.

Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228.

Caso Mémoli vs. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, No 265.

Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Caso Mohamed vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 225.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatelama, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

Caso Neira Alegría y Otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, Serie C No, 13.

Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Caso Ricardo Canese c. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.

Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.

Caso Tibi vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Caso Velásquez Rodríguez, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso Ximenes Lopes vs. República Federativa de Brasil, Excepción Preliminar, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, Serie C No. 139.

Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso A, B y C vs. Irlanda, Sentencia de 16 de diciembre de 2010.

Caso Belilos vs. Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

Caso Brualla Gómez de la Torre vs. España, Sentencia de 9 de diciembre de 1997.

Caso Castillo Algar vs. España, Sentencia 28 de octubre de 1998.

Caso Campbell y Fell, Sentencia de 28 de junio de 1984.

Caso Daktaras vs. Lithuania, Sentencia de 10 de octubre de 2000.

Caso De Cubber vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.

Caso Delcourt vs. Bélgica, Sentencia de 17 de enero de 1970.

Caso Deweer, Sentencia de 27 de febrero de 1980.

Caso Evans vs. Reino Unido, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007.

Caso Fayed vs. Reino Unido, Sentencia de 21 de septiembre de 1994.

Caso Findlay v. el Reino Unido, Sentencia de 25 de febrero de 1997.

Caso H. vs. Bélgica, Sentencia de 30 de noviembre de 1987.
Caso Handyside vs. Reino Unido, Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
Caso Hauschildt vs. Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 1989.
Caso Hiro Balani vs. España, Sentencia de 9 de diciembre de 1994.
Caso Ilaşcu y otros vs Moldova and Russia, Sentencia de 8 de Julio de 2004.
Caso Immobiliare Saffi vs. Italia, Sentencia de 28 de julio de 1999.
Caso Incal vs. Turquía, Sentencia de 9 de junio de 1998.
Caso Irlanda vs. Reino Unido, Sentencia de 18 enero de 1978.
Caso Kraska vs. Suiza. Sentencia de 19 abril de 1993.
Caso Langborger vs. Suecia, Sentencia de 22 de junio de 1989.
Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere, Sentencia de 23 de junio de 1981.
Caso Miragall Escolano y otros vs. España, Sentencia de 25 de enero de 2000.
Caso Perote vs. España, Sentencia 25 de julio de 2002, párr. 43
Caso Piersack, Sentencia de 1 de octubre de 1982, pár. 30
Caso Rodríguez Valín vs. Espala, Sentencia de 11 de octubre de 2001.
Caso Soering vs. Reino Unido, Sentencia 7 de julio de 1989.
Caso Toman vs. Suiza, Sentencia de 10 de junio de 1996.
Caso Unión Alimentaria Sanders vs. España, Sentencia de 7 de julio de 1989.
Caso Van de Hurk vs. Holanda, Sentencia de 19 de abril de 1994.
Caso Vo. vs. Francia, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004.
Caso X vs. Reino Unido, Sentencia de 5 de noviembre de 1981.
Casos De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica, Sentencia de 18 de junio de 1971.